# Prospekt.

# Deutsches Hypothekenrecht.

Nach
den Landesgesetzen der größeren deutschen Staaten
systematisch dargestellt.

Unter Mitwirkung von
Prof. Dr. **Anschütz** in Halle, Prof. Dr. **v. Bar** in Breslau,
Prof. Dr. **Dernburg** in Halle, Prof. Dr. **Exner** in Zürich,
Kreisgerichtsrath **Hinrichs** in Halle, Prof. Dr. **Regelsberger** in Gießen,
und Prof. Dr. **Römer** in Tübingen

herausgegeben von

## Dr. Viktor von Meibom,

ord. Prof. der Rechte an der Universität Tübingen.

In unserem gesammten Hypothekenwesen macht sich gegenwärtig eine Bewegung geltend, welche das wirthschaftliche und das Rechtsgebiet zugleich ergreift. Während durch eine Umgestaltung des Hypothekenbankwesens der Hypothekarcredit auf wirthschaftlichem Gebiete gefördert werden soll, ist eine Reform des bestehenden Hypothekenrechts in der Richtung größerer Erleichterung des Hypothekenverkehrs theils eingeleitet theils schon zum Abschluß gediehen. Die Rechtswissenschaft hat die Aufgabe, dieser Bewegung theils zu folgen theils ihr vorangehend die Verständigung über das Ziel der Reformen und über die Wege zum Ziele anzubahnen. Die Erörterung dieser Fragen, namentlich der Kardinalfrage, ob die Herstellung eines einheitlichen deutschen Hypothekenrechts ausführbar sei, entbehrt jedoch einer sicheren Grundlage, so lange man in jedem einzelnen deutschen Rechtsgebiete nur den Zustand des eigenen Hypothekenwesens genau kennt und bezüglich des Zustandes desselben in den übrigen Rechtsgebieten auf die mangelhafte Auskunft beschränkt ist, welche die bisherigen literarischen Hülfsmittel gewähren. Es erscheint daher eine neue Bearbeitung des deutschen Hypothekenrechts, welche die Partikularrechte in möglichster Vollständigkeit behandelt, als ein Bedürfniß der Wissenschaft wie des praktischen Rechtslebens.

Diesem Bedürfniß, zu dessen Befriedigung die Kraft eines Einzelnen nicht genügt, sucht das angekündigte Werk zu entsprechen. Hervorragende Vertreter der Theorie und Praxis haben sich zu dem Unternehmen vereinigt, diejenigen Hypothekenrechte, denen sie durch Studien und prak-

tischen Beruf nahe stehen, in abgesonderten Darstellungen nach einem in den Grundzügen gemeinsamen Plane systematisch zu bearbeiten.

Das Unternehmen, welches seiner Tendenz nach die sämmtlichen deutschen Partikularrechte umfassen sollte, mußte bei der großen Zahl derselben auf diejenigen, welche wegen des Grades ihrer Entwicklung oder wegen des Umfangs ihrer Geltung vorzügliche Beachtung in Anspruch nehmen dürfen, beschränkt und die etwaige Ausdehnung auf andere Partikularrechte der Zukunft vorbehalten werden.

Das Werk umfaßt demnach folgende Abtheilungen, deren Erscheinen jedoch nicht an diese Reihenfolge gebunden ist:

1. Das preußische Hypothekenrecht im Gebiete des Allgemeinen preuß. Landrechts von Prof. Dr. Dernburg und Kreisgerichtsrath Hinrichs.
2. Das hannoversche Hypothekenrecht von Prof. Dr. von Bar.
3. Das königl. sächsische Hypothekenrecht.
4. Das mecklenburgische Hypothekenrecht von Prof. Dr. von Meibom.
5. Das französische und rheinische Hypothekenrecht von Prof. Dr. Anschütz.
6. Das würtembergische Unterpfandsrecht von Prof. Dr. Römer.
7. Das bayerische Hypothekenrecht von Prof. Dr. Regelsberger.
8. Das österreichische Hypothekenrecht von Prof. Dr. Exner.

Jede Abtheilung bildet auch ein für sich bestehendes Ganzes und ist für sich allein verkäuflich.

Jede einzelne Abtheilung soll zunächst den Juristen des Landes dienen, dessen Recht sie behandelt. Eine Darstellung, welche die Ergebnisse der bisherigen Rechtsentwicklung nach dem neuesten Stande der Gesetzgebung und Literatur in übersichtlicher Kürze zusammenfaßt, wird zumal in den Ländern willkommen geheißen werden, welche noch keine befriedigende Darstellung ihres Hypothekenrechts oder nur veraltete Darstellungen derselben besitzen.

Das Unternehmen richtet sich aber zugleich und vorzugsweise in seiner Gesammtheit an alle, welche die Entwicklung des vaterländischen Rechts im nationalen Sinne als Ziel unserer Gesetzgebung betrachten. Indem es die Partikularrechte behandelt, soll es dem Ganzen dienen. Sein Zweck wird erfüllt sein, wenn es im Bereiche seines Gegenstandes die Grundlage einer komparativen Behandlung der Partikularrechte wird.

Leipzig, im December 1870.

**Breitkopf und Härtel.**

Die erste Abtheilung des Gesammtwerks bildet:

**Das hannoversche Hypothekenrecht** von Prof. **v. Bar** in Breslau.

Die zweite Abtheilung:

**Das mecklenburgische Hypothekenrecht** von Prof. **v. Meibom** in Tübingen

erscheint im Mai 1871.

Druck von Breitkopf und Härtel in Leipzig.

# Deutsches Hypothekenrecht.

Nach

den Landesgesetzen der größeren deutschen Staaten

systematisch dargestellt.


Unter Mitwirkung von

Prof. Dr. **Anschütz** in Halle, Prof. Dr. **v. Bar** in Breslau, Prof. Dr. **Dernburg** in Halle, Prof. Dr. **Exner** in Zürich, Kreisgerichtsrath **Hinrichs** in Halle, Prof. Dr. **Regelsberger** in Gießen und Prof. Dr. **Römer** in Tübingen

herausgegeben von

**Dr. Viktor von Meibom,**

ord. Prof. der Rechte an der Universität Tübingen.


---

## I. Hannoversches Hypothekenrecht.

---


**Leipzig,**

Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.

1871.

# Das
# Hannoversche Hypothekenrecht
nach
dem Gesetze vom 14. December 1864.

Von

**Dr. L. v. Bar,**
ord. Professor der Rechte an der Universität Breslau.

Leipzig,
Druck und Verlag von Breitkopf und Härtel.
1871.

# Vorwort.

Das hannoversche Hypothekenrecht, obwohl noch immer auf der Grundlage des römischen Rechts ruhend, ist durch das Gesetz vom 14. December 1864 in sehr erheblichen Punkten modificirt, theilweise wenigstens im Anschluß an die modernen Principien der Publicität und Specialität.

Mit Rücksicht auf den Umfang des Gebiets, in welchem es gilt, scheint daher eine systematische Bearbeitung des hannoverschen Hypothekenrechts wohl gerechtfertigt, und als ich von dem Herrn Herausgeber des Deutschen Hypothekenrechts die Aufforderung erhielt, die Bearbeitung des hannoverschen Hypothekenrechts für diese Sammlung zu übernehmen, glaubte ich, wenngleich diese Arbeit mit meinen gegenwärtigen Specialfächern keine Verbindung hat, zu derselben mich doch deßhalb bereit erklären zu dürfen, weil ich während meiner früheren Thätigkeit im hannoverschen Justizdienste in Veranlassung eines mir von dem damaligen hannoverschen Justizministerium gewordenen Auftrags das hannoversche Hypothekenwesen und dessen damals in Aussicht stehende Reform eine Zeit lang zum Gegenstande meines besonderen Studiums gemacht hatte.[1]

Freilich konnte ich so wenig dem Herrn Herausgeber als mir

---

1) Man wolle daraus aber nicht schließen, daß ich mit den Grundlagen des hannoverschen Gesetzes durchaus einverstanden bin. Die Nichtaufnahme der gerichtlichen Auflassung in das Gesetz war z. B. meines Erachtens ein legislativer Fehler.

selbst verhehlen, daß das hannoversche Hypothekenrecht ein in vielfacher Beziehung unvollkommenes ist, vielleicht in nicht zu ferner Zeit einer weiteren, durchgreifenden Reform unterliegen wird. Der letztere Umstand schien mir indeß, da voraussichtlich eine jedenfalls längere, anderweite Vorbereitungen [1]) erfordernde Reform — im Sinne etwa der neueren preußischen Entwürfe — nicht in nächster Zeit erfolgen wird, nicht gegen die Bearbeitung des hannoverschen Hypothekenrechts zu sprechen: kann doch auch die Frage, ob und in wie weit zu reformiren sei, nur auf Grund einer genaueren und, wenn man etwa eine einheitliche Gesetzgebung im Auge hat, nur auf Grund auch einer allgemeiner verbreiteten Kenntniß des bestehenden Rechts beantwortet werden. Doch berechtigt die Unvollkommenheit des gegenwärtigen Rechtszustandes mich, an die nichthannoverschen Juristen, denen diese kleine Arbeit zu Händen kommt, die Bitte zu richten, einen Theil des weniger befriedigenden Eindrucks, den ihnen meine Darstellung vielleicht machen wird, auf Rechnung des dargestellten Gegenstandes selbst zu setzen, dem es eben an systematischer Vollständigkeit und Abrundung fehlt.

Diese Beschaffenheit des hannoverschen Hypothekenrechts, welches als ein vollständiges und selbständiges System nicht betrachtet werden kann, bedingte auch die Art und Weise der Darstellung. Insoweit lediglich gemeines römisches Recht gilt, glaubte ich nur auf letzteres Bezug nehmen, ohne es selbst wiederzugeben, ein Eingehen auf gemeinrechtliche Streitfragen grundsätzlich vermeiden zu müssen, höchstens etwa zur Bequemlichkeit der hannoverschen Praxis einige literarische Verweisungen geben zu dürfen. Meine Darstellung beschränkt sich daher auf die speciell hannoverschen Rechts-

---

1) Z. B. wäre zunächst eine Reihe von Gesetzen über die s. g. bäuerlichen Verhältnisse, die Theilbarkeit der Güter u. s. w. erforderlich. Die in dieser Beziehung gegenwärtig noch gültigen älteren Gesetze sind in ihrer Anwendung zu sehr bestritten und zweifelhaft, um dem modernen Principe der absoluten Publicität der Hypothek zu genügen. Eine nach der Schablone gemachte übereilte Gesetzgebung wäre aber gewiß sehr zu beklagen.

sätze, auf die Hervorhebung ihrer Differenz gegenüber dem gemeinen römischen Rechte und, was die Grundsätze betrifft, auch gegenüber den wichtigeren Principien des modernen Hypothekenwesens, endlich auf den Einfluß, den die speciell hannoverschen Rechtssätze auf andere gemeinrechtliche Grundsätze und Streitfragen äußern müssen. In dieser Beschränkung glaubte ich jedoch, einerseits die hannoverschen Rechtssätze klarer und auch dem Verständniß der nichthannoverschen Juristen bequemer darstellen, andererseits der hannoverschen Praxis den breiteren wissenschaftlichen Boden der neueren vollständigen Hypothekensysteme einigermaßen nutzbar machen zu können.

Im vormaligen Königreiche Hannover gilt kein einheitliches Privatrecht. In einem nicht unbedeutenden Theile gilt das preußische allgemeine Landrecht, mit ihm das preußische Hypothekenrecht in seiner älteren Gestalt. Dies konnte selbstverständlich nicht mit dargestellt werden. Ebenso ist nicht eingegangen auf die älteren particularen Rechtssätze einzelner Orte und beziehungsweise Landestheile, welche, soviel das Hypothekenrecht selbst betrifft, durch das Gesetz von 1864 ihre Bedeutung verloren haben, und das im Lande Hadeln, welches von dem Gesetze von 1864 speciell eximirt ist, geltende particulare Hypothekenrecht ist nur beiläufig kurz skizzirt worden. Die Gründe dieser Beschränkung bedürfen einer weiteren Darlegung wohl nicht.

Ausgeschlossen sind ferner von der Darstellung die rein transitorischen Bestimmungen des Gesetzes von 1864. In manchen Processen mag zwar die Anwendung des früheren Rechts noch fraglich werden; aber das Eingehen auf diese von allgemeineren Grundsätzen abhängenden Fragen würde in zuweitgehende Erörterungen verwickelt haben, welche mit dem hannoverschen Hypothekenrechte in keiner näheren Verbindung stehen. Nur wo diese Frage ein besonders weitreichendes Interesse für den neueren Rechtszustand bietet und zugleich wesentlich nach dem besonderen hannoverschen Rechte entschieden werden muß, ist dieselbe berührt worden.

Ausgeschlossen waren endlich legislative Erörterungen. Nur mag hier die Bemerkung erlaubt sein, daß trotz der Unvollkommenheit des hannoverschen Hypothekenrechts eine Reform nur mit Vorsicht und nicht zu eilfertig vorgenommen werden möge. Allzu schnelle Veränderungen sind auf privatrechtlichem Gebiete an sich wenig rathsam, und das Gesetz von 1864 ist erst im Jahre 1866 in Kraft getreten. Außerdem sind die agrarischen und Credit-Verhältnisse des Landes im Allgemeinen gesund, während die Hoffnungen, welche man z. B. von einer völligen Annäherung des Hypothekenverkehrs an den kaufmännischen Wechselverkehr oder an den Verkehr mit Inhaberpapieren hegt, vielleicht nicht in jeder Beziehung oder nicht überall thatsächlich bestätigt werden mögen.

Das hannoversche Hypothekenrecht erscheint als das erste in der Reihe der verschiedenen deutschen Hypothekenrechte in der von dem Herrn Herausgeber unternommenen Sammlung. Dieser Platz ist selbstverständlich ein unverdienter, sowohl was den Gegenstand, als was dessen Bearbeitung betrifft, vielmehr nur durch äußere Gründe veranlaßt. Die weniger umfangreiche Arbeit erforderte auch geringeren Zeitaufwand, und für Hannover war wohl eine baldige Veröffentlichung angezeigt, zumal da es zur Zeit an einer Bearbeitung des hannoverschen Hypothekenrechts noch durchaus fehlt.

Breslau, im November 1870.

# Uebersicht.

# Einleitung.

## § 1.

### Zur Geschichte des Hypothekenrechts in Hannover. Quellen und Literatur des hannoverschen Hypothekenrechts.

In dem Gebiete des vormaligen Königreichs Hannover gilt, insoweit nicht das preußische allgemeine Landrecht in einzelnen Landestheilen Gesetz ist [1]), als Grundlage des Hypotheken- wie des Privatrechts überhaupt das römische Recht. In den Schriften der älteren hannoverschen Juristen [2]) und den von ihnen mitgetheilten Urtheilen der Landesgerichte wird dasselbe unbestrittenermaßen als gemeines Landesrecht betrachtet, welchem gegenüber einzelne in einigen Orten vorkommende Bestimmungen, die auf der deutsch-rechtlichen Auflassung oder Satzung beruhen oder an dieselbe erinnern, nur als particularrechtliche Normen betrachtet werden. Selbst die neueste freilich ziemlich tief einschneidende Gesetzgebung hat diese römisch-rechtliche Grundlage [3]) nicht verlassen, und in einem in neuester Zeit ergangenen Urtheil des zur Zeit in civilrechtlicher Beziehung noch höchsten [4]) Landesgerichts, des Appellationsgerichts zu Celle, ist dies ausdrücklich ausgesprochen. [5])

Jene die Publicität des Grundeigenthums und beziehungsweise

1) Das preußische allgemeine Landrecht gilt im Fürstenthum Ostfriesland mit dem Harlinger Lande, in der Niedergrafschaft Lingen und den damit verbundenen früher Münsterschen Ortschaften und auf dem Eichsfelde.

2) Vgl. z. B. Pufendorf Obs. I. 212. III. 206. Strube, Rechtliche Bedenken, Spangenbergsche Ausgabe I. S. 417 ff.

3) Vgl. die Regierungsmotive zu dem Gesetzentwurfe vom 8. März 1864, aus welchem das gegenwärtig geltende Pfandgesetz hervorgegangen ist.

4) Ein Rechtsmittel der Cassation, durch welches lediglich materiell unrichtige Entscheidungen angefochten werden könnten, an das zu Berlin neu errichtete Oberappellationsgericht findet nach der hannoverschen Proceßordnung nicht statt.

5) Urtheil v. 31. März 1869, mitgetheilt in der Zeitschr. f. hannover. R. I. S. 49.

der Hypothek in gewissem, freilich sehr unvollkommenem Grade aussprechende particularen Vorschriften bestanden in folgenden:

1) die gerichtliche Auflassung mit Ingrossation vertragsmäßiger Hypotheken galt und gilt noch in einigen Städten, so in der s. g. Altstadt, dem älteren Theile der Stadt Hannover[6]) nach altem Herkommen, welches durch eine Rathsverordnung vom 20. Febr. 1765 noch besonders bestätigt ist, in Lüneburg, Uelzen, Celle, Stade, Buxtehude, Otterndorf, Hildesheim, Goslar, endlich auch im Lande Hadeln.[7])

2) nach einer Reihe von älteren, für einzelne Landestheile gültigen, landesherrlichen Verordnungen, welche indeß durch Gesetz vom 17. Septbr. 1862 aufgehoben sind, bestand für die Veräußerung des Eigenthums wie für die Constituirung eines dinglichen Rechts insbesondere einer Hypothek an städtischen, d. h. den städtischen Abgaben unterliegenden Grundstücken das Erforderniß der Anmeldung bei dem Magistrate.[8]) [8a])

Abgesehen aber hiervon hat die Entwicklung des hannoverschen Hypothekenrechts sich angeschlossen an die Controversen, welche einerseits aus der Sitte, wichtige Rechtsgeschäfte, und also auch Hypothek-

6) Die Hypothekenbücher, welche mit Realfolien angelegt sind, reichen bis zum Jahre 1428 hinauf. Aeltere Bücher sind durch Brandunglück verloren gegangen. Vgl. Leonhardt, Zur Lehre von den Rechtsverhältnissen am Grundeigenthum, — Hannover 1843, S. 42 ff., woselbst sich auch das Statut abgedruckt findet.

7) Vgl. d. Quellenangaben b. Grefe, Hannover's Recht, 3. Aufl. II. (1861) S. 108. — Leonhardt a. a. O. S. 48. Ueber d. Land Hadeln vgl. Anm. 22 unten.

8) Es waren Verordnungen v. 6. Oct. 1712, 13. Jan. 1733, 17. Nov. 1736, 17. Aug. 1739 u. 26. Jan. 1753. Die Verordnung von 1736 war für die Städte des Fürstenthums Lüneburg und der demselben incorporirten Grafschaften erlassen; die anderen vier Verordnungen galten für die Städte in den Fürstenthümern Calenberg, Göttingen und Grubenhagen. Insoweit die Auflassung strengere Erfordernisse aufstellt, konnte diese Verordn. keine Anwendung finden. Vgl. darüber, wie über diese Verordnungen überhaupt Leonhardt, a. a. O. S. 5 ff. (wo auch der Text mitgetheilt ist) und S. 21 ff. Das Erforderniß der Anmeldung (bei dem Magistrate, als Verwaltungsbehörde vgl. Leonhardt S. 99) paßte nicht mehr auf die modernen Verhältnisse und wurde deßhalb factisch meist nicht beobachtet. Vgl. übrigens auch Urth. des O.-A.-G. zu Celle v. 10. Novbr. 1859 (Grefe II. S. 103. Dies veranlaßte das erwähnte Gesetz vom 17. Septbr. 1862, welchem in § 7 im Interesse der Rechtssicherheit theilweise sogar rückwirkende Kraft beigelegt wurde.

8a) Bereits im Jahre 1724 hatte das Oberappellationsgericht zu Celle auf Einführung öffentlicher Hypothekenbücher und auf den Vorzug der öffentlichen Hypotheken angetragen. Vgl. die unten citirte Schrift Reck's I. S. 108.

bestellungen vor Gericht oder doch vor Notar und Zeugen vorzunehmen und andererseits aus der bekannten gemeinrechtlichen Vorschrift der L. 11 C. qui potiores über den Vorzug des pignus publicum oder quasi publicum hervorgiengen. So spricht Pufendorf (Obs. I, 211) sich für den Vorzug der öffentlichen Hypotheken vor den einfachen gesetzlichen aus, unter Mittheilung eines dahin sich erklärenden Urtheils des Oberappellationsgerichts, während Hagemann (prakt. Erörterungen VI. Nr. 99) die entgegengesetzte Ansicht als die dem gemeinen Rechte entsprechende bezeichnet, freilich aber zugiebt, daß legislativ die von Pufendorf und durch die Praxis des höchsten Landesgerichts gebilligte Ansicht den Vorzug verdienen würde. [9]) [9a])

Eine königliche Verordnung vom 13. Juni 1828[10]) „für die Provinzen, wo das gemeine Recht gilt, über die Zuständigkeit der Gerichte zur Bestellung der öffentlichen, die Abschaffung der gleichsam öffentlichen und der Controversen über den Rang der einfachen gesetzlichen Hypotheken" ertheilte denn auch der Pufendorfschen Ansicht gesetzliche Geltung (§ 9), bestimmte aber gleichzeitig, hierin dem Principe der Publicität der modernen Hypothekengesetze sich nähernd, daß

1) künftig als öffentliche Hypotheken nur die in das Hypothekenbuch des zuständigen Richters eingetragenen gelten sollten (§ 1).

2) zuständig für die Bestellung der öffentlichen Hypothek, welche unbewegliche Sachen ergreifen soll, nur das Gericht der belegenen Sache sein sollte[11]) (§ 2), wogegen für die beibehaltene öffentliche

---

9) Die Verwechslung und Vermischung der öffentlichen Hypothek des römischen Rechts mit der deutsch-rechtlichen Hypothek, welche in öffentliche Bücher ingrossirt wird, bildete dabei eine Crux der hannoverschen Jurisprudenz und Praxis. Zur Gültigkeit der öffentlichen Hypothek, welche einen Vorzug gewähren sollte, verlangte man, was nur durch den Einfluß deutsch-rechtlicher Anschauungen zu erklären ist, da nach der L. 11. C. qui pot. schwerlich hieran gedacht werden kann, daß der Hypothekbesteller gerade seinen Willen, eine öffentliche Hypothek bestellen zu wollen, erklärt habe. Vgl. auch Strube rechtliche Bedenken N. 209 (I. S. 420 der Spangenbergschen Ausgabe). Die bloße gerichtliche Agnition wurde z. B. nicht für ausreichend betrachtet (Pufendorf Obs. I. 197). Vgl. überhaupt Reck, über d. deutsche Credit- und Hypothekenwesen II. S. 46 ff. (Das zweite Heft beschäftigt sich zum großen Theil nur mit den hierauf bezüglichen Controversen.)

9a) Ueber die zeitweilige Einführung und nachherige Wiederaufhebung des französischen Rechts vgl. Grefe I. S. 188 ff.

10) Officielle Gesetzsamml. 1828. Abth. I. Nr. 15.

11) Mit Rücksicht auf den damals noch geltenden, durch Gesetz vom 18. Aug.

Hypothecirung des sonstigen Vermögens des Schuldners ausschließlich der jedesmalige ordentliche persönliche Richter des Schuldners (Judex domicilii) competent erklärt wurde.

3) das Alter der öffentlichen Hypotheken sich nach dem Zeitpunkte der erfolgten Eintragung richten sollte.

4) der Richter vor der Eintragung der Hypothek sich von der Existenz aller rechtlichen Erfordernisse der Gültigkeit der Eintragung überzeugt haben müsse (§ 4). Die Verordnung hebt in dieser Hinsicht im Anschlusse an die schon früher die hannoversche Praxis beherrschende Ansicht insbesondere hervor, da allerdings die Constituirung von Privat-Conventionalhypotheken vorkommen[12]) und selbst bei Ausstellung einer öffentlichen Urkunde[13]) nur beabsichtigt sein konnte, daß die Absicht des Schuldners, gerade eine öffentliche Hypothek einzuräumen erwiesen sein müsse entweder durch des Schuldners persönliche Erklärung oder durch glaubhafte öffentliche Urkunden.

5) der Richter über die geschehene Eintragung eine Bescheinigung ausstellen solle (§ 7) und

6) Schuldner und Gläubiger Einsicht von den sie angehenden Theilen des Hypothekenbuchs sollten nehmen dürfen.[14])

Hiernach war bis zu dem neuesten gleich unten zu erwähnenden Gesetze der Rechtszustand im Wesentlichen folgender:

I. Privathypotheken galten zwar noch, standen aber unbedingt, sofern sie nicht gesetzlich privilegirte waren, den öffentlichen, d. h. den in das Hypothekenbuch des zuständigen Richters eingetragenen nach; es galt insoweit ein freilich sehr beschränktes System der s. g. Publicität.

II. Die privilegirten Hypotheken des gemeinen Rechts, einerlei auf welche Weise das sie begründende Verhältniß bewiesen wurde,

---

1848 aufgehobenen privilegirten Gerichtsstand heißt es in der Verordnung: „Derjenige Richter. . . . dessen dinglicher Gerichtsbarkeit jede einzelne unbewegliche Sache unmittelbar unterworfen ist.“

12) Sehr häufig war die Constituirung eines generellen Pfandrechts am gesammten Vermögen in Privatschuldscheinen, da dasselbe immerhin im Concurse gewisse Vortheile gewähren konnte und keine Kosten verursachte, auch den Credit des einzelnen Schuldners nicht schmälerte, freilich für den Credit im Allgemeinen nachtheilig wirken mußte.

13) Z. B., wenn eine Hypothek nur bei Gelegenheit eines anderen gerichtlich errichteten Contractes stipulirt wurde.

14) Die Uebergangsbestimmungen mitzutheilen wird nicht erforderlich sein.

bedurften dagegen der Eintragung nicht und giengen auch den eingetragenen, nicht mit einem Privilegium versehenen Hypotheken vor.

III. Die Generalhypothek des gemeinen Rechts, welche auch die künftig zu erwerbenden Güter umfaßt, bestand neben der Specialhypothek fort und erhielt im Verhältniß zu dieser den Rang nach dem Alter.

IV. Die Verordnung von 1828 hatte zwar vorgeschrieben, daß der Richter, ehe er eine Hypothek eintragen würde, die Erfordernisse ihrer Gültigkeit zu prüfen habe. Indeß fehlte es einerseits an Hülfsmitteln für Richter und Publicum, um das Recht des Verpfänders an dem zu verpfändenden Grundstücke festzustellen — ausgenommen da, wo particularrechtlich das Recht der Auflassung noch fortbestand oder die Anmeldung bei der Obrigkeit für Veräußerungsfälle vorgeschrieben war — und andererseits wurden durch die richterliche Prüfung und Eintragung der Hypothek keinerlei Einwendungen des Schuldners oder Pfandbesitzers gegen die Gültigkeit der Forderung oder der Pfandbestellung rechtlich ausgeschlossen. Es gab daher in dieser Beziehung keine allgemein und strenge befolgten Regeln. Die richterliche Prüfung erstreckte sich, soweit sie strenger war, höchstens auf die Handlungsfähigkeit des Bestellers der Hypothek. Inwieweit Eigenthum und Dispositionsbefugniß des Pfandbestellers nach anderen Richtungen hin zu prüfen sei, hing wesentlich von dem Ermessen des Richters ab, theilweise auch von dem Herkommen, welches bei den einzelnen Gerichten beobachtet wurde, und von der bei den einzelnen Gerichten auch sehr verschiedenartigen Einrichtung der Hypothekenbücher.

Die Verordnung von 1828 befriedigte denn auch die Bedürfnisse des Grundbesitzes keineswegs völlig. Die Stände ersuchten die Regierung wiederholt, dem Hypothekenwesen die erforderliche Aufmerksamkeit zu widmen, und die Regierung legte unter dem 29. Juli 1835 den Ständen Grundsätze einer allgemeinen Regelung des Hypothekenwesens vor[14a]), nach welchen auch der Uebergang des Eigenthums von der gerichtlichen Auflassung bei dem Richter der belegenen Sache abhängig gemacht und die Sicherheit des Eigenthums als die Grundlage für die Sicherheit der Hypothek anerkannt wurde. In dem Erwiederungsschreiben vom 21. April 1835 erklärten jedoch die Stände das Erforderniß der öffentlichen Auflassung für bedenklich. Sie waren der

14a) Actenstücke der allgemeinen Ständeversammlung. V. 3 (1834) S. 743.

Ansicht, daß es nicht nöthig sei, die Eigenthumsverhältnisse zu berühren, daß es vielmehr nur darauf ankomme, was der Eigenthümer eines Grundstücks nachweisen müsse, um als befugt zur Erwirkung von Eintragungen betrachtet zu werden. Diese Legitimation sollte eine vollständige oder unvollständige sein können, und Niemand zur Erwirkung einer Eintragung berechtigt sein, auf dessen Namen das Grundstück im Hypothekenbuche nicht umgeschrieben sei. Die Anlegung von Grundbüchern wurde nicht für erforderlich erachtet.

Diese ablehnende Antwort könnte heut zu Tage, wo man so sehr von dem großen Nutzen der Grundbücher überzeugt ist, wenig begreiflich erscheinen. Indeß muß man dabei, abgesehen von den großen Kosten der Anlage vollständiger Grundbücher, den Unbequemlichkeiten der Uebergangszeit und der Abneigung, welche man gegen das so außerordentlich weitläufige und kostspielige preußische Hypothekenwesen, das damals fast allein allgemeiner bekannte Muster, hegte, an folgende besondere Umstände sich erinnern, welche die Unzuträglichkeiten eines so unvollkommenen Hypothekenwesens, wie es nach der Verordnung von 1828 bestand, weniger fühlbar machten.

Von großer Bedeutung war hier zunächst das hohe Ansehen, in welchem die hannoverschen Beamten von Alters her bei der gesammten Bevölkerung standen. Bedenkt man dabei, daß die in mäßig großen und theilweise auch gering bevölkerten Bezirken fungirenden Justizbeamten meistens vermöge ihrer langen Amtsdauer eine ganz außerordentliche Local- und Personalkenntniß sich erwarben, so wird man es schon begreiflich finden, daß nicht leicht ein Unberechtigter eine Eintragung zu erwirken im Stande war. Dazu kam die Sitte, Verkäufe über Grundeigenthum gerichtlich abzuschließen, und die für viele Landestheile bestehenden Verordnungen, welche überhaupt in gewissem Umfange den gerichtlichen Abschluß von Rechtsgeschäften und die Eintragung derselben in das s. g. Amtshandlungsbuch vorschrieben [15]; ferner am 16. December 1843 ein freilich nicht für alle Landestheile geltendes, jene speciellen Vorschriften aufhebendes Gesetz, das die Gültigkeit von Verträgen, durch welche Grundeigenthum übertragen werden soll, an das Erforderniß der gerichtlichen oder notariellen Be-

15) Vgl. über diese älteren, theilweise freilich bezüglich der Interpretation sehr zweifelhaften Verordnungen Grefe, Hannover's R. II. S. 360 ff.

urkundung band und Insertion des betreffenden Contractes in die Amtshandlungsbücher des Gerichts der belegenen Sache anordnete,[15a]) und der Umstand, daß in manchen Fällen auch durch Edictalladungen Sicherheit geschafft werden konnte.[16]) Endlich ist zu erwähnen die Geschlossenheit des ländlichen Grundbesitzes, welche in vielen Theilen des Königreichs rechtlich oder factisch bestand und noch besteht, welche die Uebersichtlichkeit des Hypothekenverkehrs so sehr erleichterte, und überhaupt die in den meisten Orten und Gegenden bis auf die neuere Zeit größere Einfachheit der Verhältnisse, welche die Hypothek theilweise selbst als einen Gegenstand des persönlichen Vertrauens erscheinen ließ.

Längere Zeit[17]) gerieth dann die ganze Sache in Folge der politischen Kämpfe und Umgestaltungen, wie der Schwierigkeit, ein befriedigendes Hypothekenrecht ohne das System der Grundbücher[18]) aufzustellen, ins Stocken. Der unter dem 14. Juni 1851 den Ständen von der Regierung vorgelegte Gesetzentwurf verzichtete nun, wie die Motive (vgl. besonders S. 29) sich ausdrücken, auf die Herstellung eines abgeschlossenen Hypothekensystems, dessen Vortheil — Gewißheit des Eigenthums und der Verpfändungsbefugniß — dem Gesetzgeber in keinem Verhältniß zu stehen schien mit der Kostspieligkeit der ersten Anlage und dem nothwendig gemachten tiefen Eingriffe in das Recht des Grundeigenthums. Es sollte nur das bestehende Hypothekenrecht

---

15a) Ueber ältere die Ingrossation fordernde Verordnungen v. 1741 u. 1748 für die Herzogthümer Bremen und Verden vgl. Reck II. S. 178 ff.

16) Wenn das Grundstück veräußert wurde (vgl. Hannov. Proceßordnung v. 8. Novbr. 1850 § 501. 11). Für die Landes-Creditanstalt — dem zur Erleichterung der Ablösungen im Jahre 1840 geschaffenen Centralinstitute — (vgl. über die Wirksamkeit dieses Instituts Bening, in Rau und Hanssen's Archiv der polit. Oekonomie N. F. IX. Heft 3, auch als Separatabdruck erschienen) zu bestellenden Hypotheken außerdem noch ein besonderes Privileg insofern, als auch zur Sicherstellung gegen unbekannte bevorzugte Hypotheken Edictalladungen erlassen werden konnten. Vgl. §§ 25. 26 der neuen als Gesetz publicirten Statuten der Landescreditanstalt v. 18. Juni 1842. Vgl. auch Gesetz v. 25. Decbr. 1869.

17) Die gemeinrechtliche Streitfrage, ob den von einem frühern Eigenthümer bestellten Hypotheken der Vorzug gebühre vor den aus der Zeit des spätern Eigenthümers herrührenden privilegirten Hypotheken (vgl. darüber Arndts Pandekten § 385 Anm. 4) war durch Verordnung vom 21. Novbr. 1830 (Gesetz-S. I. S. 325) ausdrücklich im verneinenden Sinne entschieden worden. Abweichend war hier das osnabrücksche Particularrecht. Vgl. Concursordnung v. 1777.

18) Vgl. Schreiben der Regierung an die Stände vom 17. Juni 1848.

verbessert werden. Dahin wurde vor Allem die Beseitigung der aus dem Hypothekenbuche nicht ersichtlichen Vorzugsrechte, also die Abschaffung der privilegirten Hypotheken, die Nichtverfolgbarkeit der nur mittelst Generalhypothek verpfändeten Grundstücke gegen Dritte, die bessere und gleichförmige Einrichtung der Hypothekenbücher endlich die Entscheidung mancher Controversen gerechnet. Selbstverständlich wurde dabei auch noch mehr als bei der Verordnung von 1828 die Trennung des Pfandrechts an Immobilien von dem Pfandrechte an beweglichen Sachen nothwendig, und enthielt der Entwurf ebenso wie die folgenden Entwürfe insbesondere Bestimmungen über das Faustpfand.

Der Entwurf von 1851 wurde nicht Gesetz. Ein neuer Entwurf vom 21. Januar 1862, welcher sich als eine Ueberarbeitung des Entwurfs von 1851 ankündigte und unter gänzlicher Beseitigung der Generalhypotheken [19]) das Princip der Specialität strenger durchzuführen suchte, theilte in Folge mancher dagegen erhobener Bedenken und redactioneller Aenderungsvorschläge des ständischen Ausschusses dasselbe Schicksal [20]), und erst ein unter dem 8. März 1864 bei den Ständen eingebrachter Entwurf wurde zu dem am 14. December 1864 erlassenen, seit dem 15. März 1866 [21]) gültigen Gesetze erhoben und bildet, abgesehen davon, daß die älteren Gesetze noch in manchen Fällen transitorisch von Wichtigkeit sein können, neben dem gemeinen Rechte das für Hannover geltende Hypothekenrecht.

Doch gilt das Gesetz nicht für das gesammte Gebiet des gemeinen Rechts innerhalb Hannovers. Außer dem Gebiete des Landes des preußischen allgemeinen Landrechts ist auch das Land Hadeln [22]),

---

19) An deren Stelle wesentlich besondere in öffentliche Bücher einzutragende privilegia exigendi treten sollten.

20) Die Entwürfe von 1851 und 1862 gelangten in den Kammern selbst nicht zur Berathung.

21) In Gemäßheit des § 86 des Gesetzes und der Bekanntmachung des Justizministeriums vom 17. October 1865.

Eine Reihe von Bestimmungen namentlich über die Befriedigung der Gläubiger im Concurse galten bis zum 15. März 1867 während des s. g. Uebergangsjahrs noch nicht.

22) Im Lande Hadeln gelten theils auf Grund von Gewohnheitsrecht, theils auf Grund älterer Verordnungen (v. 2. Aug. 1601, 2. Jan. 1793, 10. Mai 1786, 16. Aug. 1788) im Wesentlichen folgende das Hypothekenwesen betreffende Rechtssätze:

1. Der Erwerb eines Pfandsrechts zu einer unbeweglichen Sache ist bedingt

weil nach Ansicht der Regierung hier ein befriedigendes Hypothekenrecht bereits galt, von dem Geltungsgebiete des Gesetzes ausgenommen. Dann sollte das Gesetz (vgl. § 104 desselben) für den Freihafenbezirk Geestemünde auch nur subsidiär, insoweit nicht die für dasselbe vorbehaltene Handfesterordnung[23]) ein Anderes bestimmt, gelten. Der Entwurf zu letzterer, welcher wesentlich an das bremische Recht sich

---

durch Eintragung in das Hypothekenbuch des Gerichts der belegenen Sache. Der gerichtliche Pfandbrief wird vom Gericht confirmirt.

2. Die Eintragung der Hypothek geschieht nur für bestimmte Summen auf bestimmte Immobilien. Generalhypotheken werden nicht eingetragen. Der Pfandbrief enthält eine Bezeichnung der Priorität, insofern die fragliche Hypothek nicht die erste ist.

3. Die Realisirung der Hypothek im Wege der Zwangsvollstreckung geschieht durch gerichtliche Einweisung des Gläubigers in das Grundstück, welcher dasselbe durch öffentliche Verpachtung oder selbst benutzt. Jedoch pflegt man im Pfandbriefe den Schuldner diesem s. g. Immissionsrechte entsagen zu lassen, und erlangt dadurch der Gläubiger das Recht der gerichtlichen Zwangsversteigerung.

4. Ueber Eigenthumsveränderungen durch Contracte wird ein Contractenbuch gehalten, welches bei Umschreibungen im Hypothekenbuche zur Grundlage und Controle dient. Statt der bei Uebertragung des Grundeigenthums früher geschehenen feierlichen Auflassung werden die Contracte jetzt im Gerichtsactuariate ausgefertigt und gerichtlich bestätigt. — Die Hypothekenbücher der Kirchspielsgerichte (bestehend aus Schultheißen und Landschöffen vgl. Verordn. v. 1. Sept. 1852 über die Rechtspflege und Verwaltung im Lande Hadeln) werden nach Besitzern geführt. — In der Stadt Otterndorf gelten die oben genannten Verordnungen nicht. (Die Statuten von 1541 enthalten für das Hypothekenrecht nichts Erhebliches.) Doch werden im Wesentlichen dieselben Grundsätze wie sonst im Lande Hadeln beobachtet. Das Hypothekenbuch der Stadt Otterndorf wird nach Häusern und sonstigen selbstständigen Grundstücken unter fortlaufenden Nummern geführt. Auch Schiffe werden hier unter eigener Nummer eingetragen.

Zu bemerken ist übrigens, daß das Hypothekenrecht im Lande Hadeln als ein völlig sicheres und unangefochtenes in mancher Beziehung nicht gelten kann. So sind z. B. im Jahre 1865 drei Erkenntnisse zweiter Instanz des kleinen Senats des Obergerichts Stade ergangen, worin rücksichtlich der Generalhypotheken, der gesetzlichen und Privathypotheken die oben bezeichneten Rechtssätze angezweifelt werden und nach römischen Grundsätzen entschieden wird. —

Eigenthümlich ist noch, daß im Lande Hadeln bewegliche Sachen zu gerichtlichem Protokoll verpfändet werden. Vgl. über d. Hypothekenrecht im Lande Hadeln Götze, in d. hannov. juristischen Zeitung 1837. Heft 3. S. 145 ff. — jurist. Ztg. 1840. Heft 3. — Werenberg, Magaz. f. hannov. R. 1852. S. 391.

23) Entwürfe zu derselben waren bereits 1860 und 1862 den Ständen auf Wunsch des Gemeindevorstandes von Geestemünde vorgelegt worden.

anschloß und mit dem allgemeinen Pfandgesetze den Ständen unter dem 8. März 1864 vorgelegt wurde, ist aber nicht Gesetz geworden. Es ist also für den Bezirk Geestemünde ein particulares Recht nicht vorhanden.

Das Gesetz, welches den Titel führt: „Gesetz, das Pfandrecht und die Befriedigung der Gläubiger im Concurse betreffend", zerfällt in fünf Abschnitte mit insgesammt 109 Paragraphen.

Der erste Abschnitt handelt nach einem (übrigens wichtigen) Eingangsparagraphen über die möglichen Arten der Erwerbung eines Pfandrechts[24]) in den §§ 2 bis 40 einschließlich von der Hypothek, in den §§ 41 bis 51 vom Faustpfande und von der Verpfändung der Forderungen, der zweite Abschnitt (§§ 52—69) von der Befriedigung der Gläubiger im Concurse, der dritte (§§ 70—85) von den Hypothekenbüchern und dem Verfahren in Hypothekensachen. Der vierte Abschnitt (§§ 86—103) enthält die Uebergangsbestimmungen und der fünfte (§§ 104—109) die Schlußbestimmungen. Die Form der Hypothekenbücher ist nicht im Gesetze selbst, sondern in einer Bekanntmachung des Justizministeriums vom 22. März 1865 auf Grund des § 109 des Gesetzes bestimmt worden. Von Wichtigkeit ist hierbei auch die unter demselben Datum erlassene Bekanntmachung des Ministeriums des Innern über die Führung der obrigkeitlichen Häuserlisten bezw. Häusercataster.[25]) Neben dem Gesetze von 1864 sind noch heut zu Tage von unmittelbar praktischer Bedeutung eine Verordnung vom 30. Juli 1830 über das Privilegium des Lietlohns im Concurse und verschiedene einheimischen Creditinstituten durch die frühere Gesetzgebung ertheilte im § 107 des Gesetzes zusammengestellte Privilegien.[26])

---

24) Danach giebt es, abgesehen von der unten noch zu erwähnenden Generalhypothek in Hannover und abgesehen von den schon in § 105 des Gesetzes vorbehaltenen Bestimmungen des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs, welche übrigens jetzt in Folge des norddeutschen Bundesgesetzes vom 5. Juni 1869 an sich den Vorschriften des hannoverschen Gesetzes vorgehen, nur ein Faustpfand an beweglichen Sachen. Vgl. übrigens unten § 3.

25) Ueber die Mitwirkung der Amtsgerichte dabei siehe Bekanntmachung des Justizministeriums v. 22. März 1865. — Bezüglich der Gebühren vgl. namentlich Bekanntmachung des Justizministeriums von demselben Tage. —

26) Diese Privilegien geben indeß wirkliche Vorzugsrechte im Concurse nicht. Eines derselben statuirt die Befreiung der Landes-Creditanstalt für die Verpflichtung zur Anmeldung auf Edictalladungen.

Eine wissenschaftliche systematische Bearbeitung hat das hannoversche Hypothekenrecht nicht aufzuweisen, ebenso existirt kein Commentar. Die Aufsätze über das ältere hannoversche Hypothekenwesen sind im Wesentlichen durch das neue Gesetz bedeutungslos geworden[27], ebenso die vor dem neuen Gesetze erschienenen Aufsätze und Schriften über die Reform des hannoverschen Hypothekenwesens.[28] Ueber den früheren Zustand des hannoverschen Hypothekenwesens giebt interessante Aufschlüsse die bekannte, nicht nur auf Hannover sich beschränkende geistreich und witzig geschriebene Arbeit des

Dr. K. Reck, über das Deutsche Credit- und Hypothekenwesen, mit besonderer Berücksichtigung des K. Hannoverschen und des H. Braunschweigischen Landesrechts. 2 Hefte, 184 und 378 S. 8. Göttingen 1830. 1832.

Die kleine Schrift von

G. Mühry (Amtsrichter): Ueber das geänderte Pfand- und Concursrecht. Erläuternde Fingerzeige, insbesondere auch für Nichtjuristen in Betreff des neuen hannoverschen Hypothekengesetzes, Hannover 1865. 22 S.

macht auf den Namen einer wissenschaftlichen Arbeit wohl keinen Anspruch und giebt auch nicht einmal eine übersichtliche Darstellung des gegenwärtigen Rechtszustandes.

Nur einen Abdruck des Gesetzes nebst den Regierungs- und ständischen Motiven, welche an entsprechender Stelle eingeschaltet sind, sowie den ältern noch in Kraft belassenen gesetzlichen Bestimmungen und den erwähnten Ministerialbekanntmachungen von 1865, enthält die Arbeit von

Schneider, Obergerichtsrath: Das Gesetz vom 14. December 1864 über das Pfandrecht und die Befriedigung der Gläubiger im Concurse. Hannover 1865. (100 S. gr. 8.).[29]

---

27) Vgl. bezüglich dieser Aufsätze das Repertorium Juris Hannoverani, Stade 1854. S. 126 ff.

28) Zu erwähnen ist hier ein Aufsatz von Rose in der neuen juristischen Zeitung f. d. Königr. Hannover 1862. S. 113 ff. André, Zur Gesetzgebung über Hypothekenwesen. Osnabrück 1864. 28 S. und Anlagen. Diese Schrift empfiehlt die Annahme des s. g. Grundbuchsystems auch für Hannover. —

29) Ein Sachregister für den praktischen Handgebrauch fehlt.

Das gegenwärtige hannoversche Hypothekenrecht kann als ein den Anforderungen der Neuzeit entsprechendes nicht betrachtet werden. Es gewährt keine rechtliche Sicherung gegen Anfechtung der Forderung oder der Pfandbestellung. Aber selbst der vom Gesetze beabsichtigte beschränkte Zweck der Sicherstellung gegen Hypotheken, welche aus dem Hypothekenbuche nicht ersichtlich sind, wird nur unvollkommen, wie man bemerken wird, erreicht. Die in die älteren zum Theil sehr wenig übersichtlichen Bücher eingetragenen Hypotheken können, da meistens eine Uebertragung in die neuen Bücher nicht stattgefunden hat [30], nur aus jenen älteren Büchern ersehen werden. [31] Die neuen Bücher aber werden, weil der Eigenthumserwerb in keiner Weise von der Umschreibung im Hypothekenbuche abhängig gemacht ist, da, wo nicht particularrechtlich die Auflassung Rechtens ist, bald unzuverlässig werden, und muß außerdem der Mangel der Berichtigung des Besitztitels da, wo die Verkehrsverhältnisse anfangen verwickelter zu werden, sehr leicht zu Unordnungen Anlaß geben. [32] Die Nachrichten, welche in der fraglichen Beziehung zufolge der genannten Ministerialbekanntmachung seitens der Verwaltungsbehörden den Gerichten über die Häuser und Hausbesitzer zugehen, werden jedenfalls, da sie irgend eine rechtliche Garantie nicht bieten, nur ein unvollkommenes Correctiv sein. Außerdem dürfte die technische Einrichtung der Hypothekenbücher sich auf die Dauer nicht bewähren. [33]

Nach den Motiven des Gesetzes wird dasselbe auch nur als ein solches bezeichnet, welches den Uebergang zu einem spätern vollkommeneren Hypothekenrechte erleichtern soll. Ob aber dazu der richtige Weg war, die Eigenthumsübergänge völlig außer dem Bereiche des Gesetzes zu lassen, wird höchst fraglich erscheinen müssen. Der von der braunschweigischen Gesetzgebung [34] eingeschlagene Weg, dem Hypotheken-

30) Vgl. Bekanntmachung des Justizministeriums v. 22. März 1865. § 8.

31) Andere zweifelhafte Punkte siehe unten besonders §§ 5. 8.

32) Man vergleiche hier insbesondere § 36 der Ministerial-Bekanntmachung zur Ausführung des Gesetzes (Schneider S. 61).

33) Vgl darüber unten § 4.

34) Vgl. jetzt Gesetz v. 19. März 1860. — Vgl. auch Steinacker, Privatr. d. Herzogthums Braunschweig, § 206. Mascher, das deutsche Grundbuch und Hypothekenwesen, 1869 S. 353 ff.

wesen durch die Einführung der Auflassung eine sichere Grundlage zu geben, dürfte voraussichtlich, wie er der theoretisch correctere ist, auch als der praktisch bessere sich erweisen.

---

# I. Begriff und Eigenschaften der Hypothek.

## § 2.

### A. Begriff.

**(Terminologie. Verhältniß zum gemeinrechtlichen Pfandrecht und zu den übrigen Acten des particularrechtlichen Pfandrechts.)**

Nach dem Sprachgebrauche des hannoverschen Gesetzes ist Hypothek nur ein in öffentliche Bücher eingetragenes und lediglich durch solche Eintragung mögliches Pfandrecht.[1] Dagegen umfaßt die Hypothek nicht lediglich das Pfandrecht an unbeweglichen Sachen (im Sinne des hannov. Gesetzes vgl. § 2 das.). Die Generalhypothek des hannoverschen Rechts erstreckt sich auch auf die Mobilien des Verpfänders und kann selbst von Jemandem bestellt werden, der Grundvermögen gar nicht besitzt oder dasselbe nicht mit verpfändet.[2] In ihrem praktischen Erfolge unterscheidet sich indeß die Generalhypothek, insoweit sie bewegliche Sachen umfaßt, wenig mehr von einem bloßen Vorzugsrechte im Concurse, da die Verfolgbarkeit der generell — d. h. der als Theile des gesammten Vermögens — mitverpfändeten Mobilien Dritten gegenüber durch § 5 des Gesetzes ausgeschlossen ist.[3]

---

1) § 6 des Gesetzes: „Eine Hypothek entsteht nur durch Eintragung in das Hypothekenbuch."

2) Diese Nichtmitverpfändung des Grundvermögens ist in verschiedener Weise möglich (vgl. unten § 3 Anm. 3).

3) Die eingetragenen Hypotheken am gesammten Vermögen bilden in Hannover ein nicht unwichtiges Mittel des Credits für Personen, welche Grundeigenthum nicht besitzen; sie sind von Alters her in Hannover und besonders seit der Verordnung von 1828 üblich gewesen. Soweit sie bewegliche Sachen ergriffen, waren sie indeß thatsächlich kaum je etwas Anderes als Vorzugsrechte im Concurse.

Die allgemeine Rechtsansicht, der sich im Verkehr die sämmtlichen Interessenten als einer selbstverständlichen unterwarfen, war die bereits für das römische Recht

Die Specialhypothek des hannoverschen Gesetzes ist dagegen stets ein Pfandrecht an unbeweglichen Sachen; die Generalhypothek kann es sein, insofern der Verpfänder in dem Bezirk des Gerichts, in dessen Buch er die Generalhypothek eintragen läßt, auch zur Zeit der Eintragung unbewegliche Sachen besitzt. (§ 3 des Gesetzes.) Den Gegensatz der Hypothek bildet, da auch das s. g. richterliche Pfandrecht (Pignus in causa judicati captum und Pignus praetorium) nach § 6 des Gesetzes nicht mehr besteht (vgl. die Regierungsmotive zu § 6 bei Schneider S. 4 und unten), im Sinne des hannoverschen Rechts das Pfandrecht an einzelnen (im Sinne des hannoverschen Rechts) beweglichen Sachen und an Forderungen. Da beide letztgenannten Pfandrechte nur durch Uebergabe der Pfandsache beziehungsweise der Urkunde über die Forderung entstehen, so kann man auch nach hannoverschem Recht sagen, die Hypothek ist ein Pfandrecht, welches ohne Uebergabe der Pfandsache oder beziehungsweise einer das Pfandobject darstellenden Urkunde an den Pfandgläubiger entsteht.

Das hannoversche Gesetz, welches in den Regierungsmotiven wesentlich als ein nur correctorisches bezeichnet wird, giebt keine Defi-

---

(vgl. über die verschiedenen Meinungen Dernburg. Das Pfandr. nach den Grundsätzen d. heutigen röm. Rechts I. S. 509–510. Arndts Pandekten § 368 Anm. 4. v. Vangerow Pand. § 369 Anm. 9) schon von Einigen, wenn auch mit Unrecht vertheidigte, daß, soviel bewegliche Sachen betrifft, nur das Vermögen in seinem jeweiligen Bestande von der Generalhypothek ergriffen werde, die veräußerten Gegenstände also ausscheiden. Mit Annahme der entgegengesetzten Ansicht würde ein Verkehr mit beweglichen Sachen kaum möglich gewesen sein. Doch legt allerdings eine Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Celle (I. Senat) v. 16. Novbr. 1860 (Entscheidungen des Tribunals zu Celle V. Nr. 21. Seuffert Archiv XVI. Nr. 15) die Verfolgbarkeit der generell verpfändeten Mobilien gegen Dritte zum Grunde. Nach dem Gesetze von 1864 steht die Nichtverfolgbarkeit gegen Dritte außer Zweifel. § 5 a. E. bestimmt: „Dagegen werden alle Vermögensgegenstände, welche zu den unbeweglichen nicht gehören, durch Veräußerung namentlich auch durch Hingabe zum Faustpfande oder durch Verpfändung in Gemäßheit der §§ 50. 51 von der Generalhypothek frei." Die letztgenannten §§ beziehen sich auf Verpfändung von Forderungen. Ein Analogon für die hannoverschen Generalhypotheken bilden die eingetragenen Vorzugsrechte nach dem Weimarschen Gesetze über die Vorzugsrechte der Gläubiger v. 7. Mai 1839. Doch ist hier die Trennung zwischen Hypotheken und Vorzugsrechten strenger durchgeführt und bestehen für letztere auch besondere Bücher. Vgl. übrigens über die Frage der Dinglichkeit der Generalhypothek noch unten § 3.

nition des Pfandrechts. Der Begriff des Pfandrechts wird vielmehr im Sinne des gemeinen Rechts vorausgesetzt. Der bei anderen neueren Hypothekengesetzen und Entwürfen vorkommende Streit, ob die Hypothek richtiger als besonderes Realrecht, oder noch wie im römischen Rechte als ein Accessorium einer (persönlichen) Forderung aufzufassen sei [4]), ist daher nach hannoverschem Rechte von selbst im letzteren Sinne entschieden. Der theoretische Streit, ob das Pfandrecht als Recht an der Sache selbst oder als Recht am Eigenthum des Verpfänders zu betrachten sei [5]), hat begreiflicherweise in dem Gesetze keine Entscheidung gefunden. Wenn im § 2 des Gesetzes als Gegenstand der Specialhypothek auch gewisse Grundberechtigungen aufgeführt sind, so kann daraus doch nicht geschlossen werden, daß in solchen Fällen nicht ein Recht an der Sache selbst durch die Hypothekbestellung erwachsen könne [6]); es hat vielmehr nur gesagt werden sollen, daß in Bezug auf die genannten Grundberechtigungen eine specielle Inscription in den Hypothekenbüchern möglich sei. [7])

---

## B. Eigenschaften der Hypothek.

### § 3.

### 1. Specialität der Hypothek an unbeweglichen Sachen. Generalhypothek des hannoverschen Rechts. Dinglichkeit der Hypothek.

Die Hypothek an unbeweglichen Sachen ist auch nach dem hannoverschen Gesetze, ebenso wie nach den übrigen neueren Hypothekengesetzen immer nur eine Specialhypothek. Die Generalhypothek,

---

4) Vgl. jetzt namentlich Bremer, Hypothek und Grundschuld, eine dogmatische Untersuchung mit kritischer Berücksichtigung des preußischen Gesetzentwurfs. Göttingen 1869 und die Motive d. neuen preuß. Entwurfes. Berlin, v. Decker S. 48 ff.

5) Vgl. darüber namentlich Bremer, das Pfandrecht und die Pfandobjecte, 1867, besonders S. 45 ff. 70 ff. 178 ff.

6) Daraus, daß unter 1 in § 2 Grundstücke direct als Gegenstand der Hypothek aufgeführt sind, könnte auch wiederum das Gegentheil geschlossen werden.

7) Rücksichtlich der Verpfändung von Forderungen bestimmt übrigens das Gesetz § 50 ausdrücklich, daß dieselbe als eventuelle Cession anzusehen sei.

welche allerdings im hannoverschem Gesetze noch vorkommt, und sogar eine nicht geringe praktische Wichtigkeit besitzt, hat, soweit Immobilien in Betracht kommen, eine durchaus andere Bedeutung als die Generalhypothek des gemeinen Rechts und als die Generalhypothek, wie solche noch nach der Verordnung von 1828 möglich war. Während die Generalhypothek des gemeinen Rechts das gesammte zukünftige Vermögen mit umfaßt, und die Generalhypothek nach der Verordnung von 1828 das zukünftig zu erwerbende unbewegliche Vermögen, sofern es belegen ist in dem Bezirke des Gerichts, in dessen Büchern die Generalhypothek eingetragen ist, begreift die Generalhypothek des Gesetzes von 1864 nach ausdrücklicher Bestimmung des § 3 a. E. das erst künftig zu erwerbende Immobiliarvermögen nicht; außerdem beschränkt sie sich ebenso wie die Generalhypothek nach der Verordnung von 1828 auf das in dem Bezirke des inscribirenden Gerichts [1]) belegene Grundvermögen. Danach ist die Generalhypothek, wie auch in den Regierungsmotiven auseinander gesetzt wird [2]), nichts als eine gewissermaßen erleichterte Bezeichnung von Specialhypotheken, eine Collectivbezeichnung, welche an die Person des Bestellers der Hypothek sich anschließt. [3])

Da das hannoversche Hypothekenwesen nicht auf einer Vermessung und Kartirung der Grundstücke beruht, so waren allerdings mannigfache Zweifel darüber möglich, unter welchen Voraussetzungen ein Grundstück als genügend speciell im Hypothekenbuche bezeichnet zu betrachten sei. Dieser Zweifel kann durch die Eintragung der Hypothek als Generalhypothek beseitigt werden. [4]) Die Hypothek gilt dann

1) Beziehungsweise des betreffenden Hypothekenbuchbezirks, wenn der Bezirk des Gerichts in mehrere Hypothekenbuchbezirke eingetheilt ist, vgl. § 7 des Gesetzes. Diese Eintheilung sollte nach Absicht der Regierung (vgl. die Regierungsmotive bei Schneider S. 4) meistens eintreten. Vgl. Ausführungsbekanntmachung §§ 3—5.

2) Vgl. Schneider S. IX. ff.

3) Wie das Gesetz im 2ten Absatze des § 3 ausdrücklich besagt, übrigens aber auch selbstverständlich sein dürfte, können einzelne Grundstücke von der Generalhypothek ausdrücklich ausgenommen werden.

4) Der Entwurf von 1852 kannte, wie schon in der geschichtlichen Einleitung hervorgehoben worden, nur Specialhypotheken, bestimmte aber über die erforderliche Bezeichnung der Grundstücke nichts. Die ständische Commission beantragte die Bestimmung: „Bei der Eintragung einer Hypothek auf ein Personalfolium ist es erforderlich, daß der Pfandgegenstand nicht lediglich durch die Benennung seines Eigenthümers bezeichnet werde.“ Die Regierungsmotive des neuen Gesetzes erklären

rechtlich ebenso als wäre sie auf die sämmtlichen einzelnen Grundstücke speciell eingetragen, welche der Verpfänder in dem betreffenden Hypothekenbuchsbezirke besitzt, wie § 4 des Gesetzes bemerkt:

„Die Generalhypothek ist in Beziehung auf die von ihr ergriffenen unbeweglichen Sachen ebenso wirksam, wie eine an diesen bestellte Specialhypothek.“ [4a])

Indeß wird nicht übersehen werden können, daß factisch die specielle Bezeichnung des Pfandobjectes dem Gläubiger gewisse Vortheile bringen kann, welche die Generalhypothek nicht bietet. Derjenige, dem eine Generalhypothek an dem Vermögen des A in dem Hypothekenbuche des Bezirks X bestellt ist, kann zwar alle in der Ortschaft X belegene Grundstücke, welche dem A zur Zeit der Verpfändung gehörten [5]), behufs seiner Befriedigung in Anspruch nehmen, auch wenn diese Grundstücke an Dritte übergegangen sind, welche von der Verpfändung keine Kunde haben und dieselbe durch das Hypothekenbuch auch

---

dies mit Recht für durchaus unzulänglich. — Um die Zweckmäßigkeit der Generalhypothek bei dem Mangel sicherer Karten und Grundbücher zu begreifen, muß man sich daran erinnern, daß Theilungen von Grundstücken da, wo die Bevölkerung sich nur schwach vermehrt und außerdem die Industrie noch wenig entwickelt ist, verhältnißmäßig selten vorkommen, und vielfach nur der gesammte Grundbesitz von einer Hand in die andere übergeht. Außerdem besteht gesetzlich oder factisch durch Herkommen auf dem Lande in einem sehr großen Theile Hannovers noch die Untheilbarkeit der Höfe, und es kann bei Abtrennungen, die unbedeutender sind, leicht ein Verzicht des Berechtigten erwirkt werden. In den Städten aber ist leicht eine specielle Bezeichnung der Grundstücke möglich und pflegt der Gläubiger auch auf die Generalhypothek nur in Ansehung des beweglichen Vermögens Gewicht zu legen. Endlich trifft ja auch hier das Gesetz in § 8 besondere Bestimmungen, welche sogleich unten im Texte besprochen werden. —

4a) Damit ist auch beseitigt der nach der hessischen Verordn. v. 6. Juli 1770 § XIIIb, in den früher hessischen Landestheilen bis dahin geltende Vorzug der jüngern Specialhypothek vor der ältern Generalhypothek bei vertragsmäßigen Pfandrechten. § 30 des Regierungsentwurfs hatte diesen Satz noch aufrecht erhalten wollen. Auf Antrag der Stände wurde er gestrichen, weil man sich überzeugt hatte, daß er bereits fast ganz in Vergessenheit gerathen war, und weil außerdem die Rechtseinheit und Rechtssicherheit durch seine Aufrechterhaltung gestört worden wäre. Actenstücke der XV. Ständeversamml. 1. Diät. S. 1874.

5) Die Beschränkung der Generalhypothek auf diese Immobilien war im Interesse des Credits geboten. Die Generalhypothek des gemeinen Rechts ist mit einer geordneten Buchführung unvereinbar. Vgl. auch die Regierungsmotive zu § 3 bei Schneider S. 3.

nicht erhalten konnten (z. B. es hat eine in das Hypothekenbuch nicht eingetragene Veräußerung oder Vererbung stattgefunden (vgl. unten) und ist dann das Grundstück durch mehrere Hände gegangen, ohne daß das frühere Eigenthum erwähnt wurde). Einerseits wird hier bei Anstellung der Pfandklagen durch die im Hypothekenbuche geschehene specielle Eintragung der Nachweis der Identität leichter geführt werden können und sodann auch die Einrede der Ersitzung der Freiheit von dem Pfandrechte und die Einrede der Verjährung eher ausgeschlossen sein.

Die Eintragung einer für unbewegliche Sachen wirksamen Generalhypothek ist aber in einigen Bezirken ausgeschlossen und kann es in Zukunft noch mehr werden; § 8 des Gesetzes bestimmt:

„An den Bürgergütern der Städte derjenigen Landestheile, für welche die durch das Gesetz vom 17. Sept. 1862 aufgehobenen Verordnungen erlassen sind[5a]), kann eine Hypothek nur durch Eintragung in das Specialhypothekenbuch erworben werden, falls ein solches für den betreffenden städtischen Bezirk neben einem Generalhypothekenbuche besteht.[6])

Dasselbe gilt in Betreff der Erwerbung von Hypotheken an Grundstücken für alle diejenigen Bezirke, wo mit Genehmigung des Justizministeriums neben dem Generalhypothekenbuche ein Specialhypothekenbuch geführt wird. Es muß jedoch der Tag, an welchem diese Einrichtung für einen bestimmten Bezirk ins Leben tritt, durch die Gesetzsammlung zuvor bekannt gemacht sein.“[7])

Außerdem wird man annehmen müssen, daß da, wo schon früher eine solche Trennung des General- und des Specialhypothekenbuchs bestanden hat, diese die im § 8 des Gesetzes bezeichnete Wirkung habe, wonach die Generalhypothek Immobilien nicht ergreift.[7a])

---

Vgl. über die nur sehr beschränkte Publicität der hannoverschen Hypothekenbücher unten § 5.

5a) Vgl. oben § 1 Anm. 8.

6) So bestehen nach den von mir eingezogenen Nachrichten General- und Specialhypothekenbücher z. B. für die Stadt Hannover (alter und neuer Bezirk).

7) Ist bis jetzt (1. Juni 1870) geschehen für den Hypothekenbuchsbezirk der Stadt Buxtehude laut Bekanntmachung v. 29. März 1867 (Amtsblatt für die Provinz Hannover 1867 S. 20).

7a) So besteht z. B. ein Specialhypothekenbuch für die Stadt Stade, die Stadt Goslar und den Schloß- und Hafenbezirk Harburg. Vgl. Bekanntmachung des Justizministeriums v. 26. Febr. 1866 (Hannov. Gesetzsamml. 1866. I. S. 13).

Der dingliche [8] Charakter der Specialhypothek bedarf einer Erörterung nicht. Dagegen bereitet die Generalhypothek des hannoverschen Rechts, insoweit sie Mobilien ergreift, Schwierigkeiten, und wenngleich die gegenwärtige Darstellung nur das Pfandrecht an unbeweglichen Sachen principiell zum Gegenstande nimmt, so kann doch der eigenthümlichen Verbindung wegen, welche vermöge der Generalhypothek zwischen dem Pfandrechte an unbeweglichen und an beweglichen Sachen bestehen kann und thatsächlich in Hannover so oft besteht, letzteres nicht völlig hier übergangen werden.

Die Generalhypothek des hannoverschen Gesetzes hat in Ansehung der Mobilien den gemeinrechtlichen Umfang behalten; sie umfaßt auch das zukünftige Vermögen des Verpfänders. Es scheiden aber nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes aus die veräußerten und zu Faustpfand gegebenen Sachen, sowie die in Gemäßheit des Gesetzes verpfändeten Forderungen [9], bei welchen letzteren (d. h. nur verpfändeten Sachen) indeß der Ueberschuß des Erlöses über die Schuldsumme wieder von der Generalhypothek ergriffen wird. [10] Ebenso steht die Generalhypothek nach allen durch das Handelsgesetzbuch gegebenen oder anerkannten speciellen Pfandrechten an einzelnen Mobilien oder Sachgesammtheiten. [11] Und weil die in das Gesellschaftsvermögen einer Handelsgesellschaft eingebrachten Objecte doch einstweilen aus dem Privatvermögen des Gesellschafters ausscheiden und nur der Ueberschuß des Gesellschaftsvermögens über das Privatvermögen wieder zum Privatvermögen gezogen werden soll [12], wird man auch annehmen müssen, daß die in das Gesellschaftsvermögen einer Handelsgesellschaft

---

8) Der civilistische Streit, ob das Pfandrecht überhaupt ein dingliches Recht sei, kann hier natürlich nicht erörtert werden.

9) § 5 des Gesetzes.

10) § 65: „Im Concurse des Verpfänders umfaßt die Generalhypothek auch den von dem Erlöse der Faustpfänder und der Forderungspfänder nach Befriedigung der Faustpfand- und der Forderungspfandgläubiger verbleibenden Ueberschuß, sowie den Erlös der von ihr nicht ergriffenen unbeweglichen Sachen, wenn und soweit dieser Erlös zur Befriedigung der an den unbeweglichen Sachen etwa bestellten Hypotheken und der sonst etwa vorgehenden Forderungen nicht erforderlich ist. Vgl. über letztere unten § 19.

11) Vgl. z. B. Art. 306. 374. 375. 382. Pfandrecht des Commissionairs, des Frachtführers u. s. w.

12) Art. 119—120 des Handelsgesetzbuches.

eingebrachten beweglichen Sachen und Forderungen in Ansehung der Gesellschaftsgläubiger von der bereits früher inscribirten Generalhypothek bis auf den etwaigen Ueberschuß frei werden, und zwar trotz des scheinbar entgegen stehenden Schlußsatzes des Art. 120 des Handelsgesetzbuchs:

„Jedoch werden die Rechte, welche an den von einem Gesellschafter in das Vermögen der Gesellschaft eingebrachten Gegenständen bereits zur Zeit des Einbringens bestanden, durch die vorstehenden Bestimmungen nicht berührt."

Denn das Einbringen eines Vermögensobjectes in eine Handelsgesellschaft wird als Veräußerung im Sinne des Gesetzes betrachtet werden müssen[13], welche die Pfandsache nach § 5 des hannoverschen Gesetzes von der Hypothek frei macht, und dieselben Gründe, welche den Gesetzgeber bewogen haben, die Generalhypothek dem Faustpfande nachstehen zu lassen, müssen auch im Interesse des kaufmännischen Credits die von dem Gesellschafter früher bestellte Generalhypothek den Gesellschaftsgläubigern gegenüber unwirksam erscheinen lassen. Der Schlußsatz des Art. 120 des Handelsgesetzbuchs kann nicht auf solche Rechte bezogen werden, die der Gesellschafter durch Veräußerung willkürlich aufheben kann, wie dies bei der Generalhypothek des hannoverschen Rechtes rücksichtlich der von ihr ergriffenen Mobilien der Fall ist.

Es kann übrigens noch die Frage aufgeworfen werden, ob überhaupt die Generalhypothek an Mobilien noch als dingliches Recht nach hannoverschem Rechte aufzufassen sei, und nicht vielmehr ein bloß persönliches Vorzugsrecht bilde. Im Verhältniß zu dem Hypothekbesteller selbst würde nach hannoverschem Rechte die Annahme eines dinglichen Rechtes den Gläubiger nur in Ansehung der Verjährung der Hauptforderung selbst günstiger stellen[14], dagegen würde im Falle einer

---

13) Art. 91 Abs. 2 des Handelsgesetzbuchs „Im Zweifel wird angenommen werden, daß die in das Inventar der Gesellschaft mit der Unterschrift sämmtlicher Gesellschafter eingetragenen, bis dahin einem Gesellschafter gehörigen beweglichen oder unbeweglichen Gegenstände Eigenthum der Gesellschaft geworden sind".

14) Vgl. Francke (Magazin für hannov. Recht I. (1851) S. 245, der freilich auch diesen Vortheil nach dem Gesetze vom 22. Septbr. 1850, betr. die Verjährung persönlicher Klagen § 11, in Abrede stellt. Siehe dagegen indeß v. Bobers, Magaz. 1852 S. 359 ff. Die Franckesche Ansicht ist indeß, soviel die Forderung selbst im

Erbfolge oder sonstiger Uebernahme der auf einem ganzen Vermögen lastenden Schulden, wie solche z. B. bei der bäuerlichen Successio anticipata vorkommt, die Frage unter Umständen wichtig werden können. Giebt die Generalhypothek ein dingliches Recht, so gehen in Ansehung der zur Erbmasse gehörigen Objecte die von dem Erblasser bestellten Generalhypotheken unbedingt vor und ebenso in Ansehung der nicht zur Erbmasse gehörigen Objecte die von dem Erben selbst bestellten Hypotheken. Wenn dagegen die Generalhypotheken nur persönliche Vorzugsrechte sind, so rangiren sie ohne Unterschied nach dem Alter [15], insofern nicht überhaupt ein Separationsrecht der Erbschaftsgläubiger geltend gemacht wird oder noch geltend gemacht werden kann. Der Gesetzentwurf von 1862 (vgl. das. § 38, 37,[7]) kannte überhaupt keine Generalhypothek, sondern specielle Hypotheken an unbeweglichen Sachen und in öffentliche Bücher eingetragene allerdings in manchen Beziehungen nach Anlage der Hypotheken behandelte Vorzugsrechte. Aus § 25 des Gesetzes:

„Ueber den Rang der nach eingetretener Wirksamkeit dieses Gesetzes erworbenen Hypotheken entscheidet das Alter derselben"

ist eine directe Entscheidung nicht abzuleiten, da dabei doch immer als selbstverständlich zu subintelligiren ist „in Bezug auf die von der Hypothek ergriffenen Gegenstände" und nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts [16]) die generelle Hypothek das Vermögen des Erben gar nicht ergreift. [17]) Die nachträgliche Aussonderung der einzelnen Vermögensobjecte aus confundirten Vermögensmassen, würde aber allerdings zu unerträglichen Weiterungen und Processen führen und der im Publicum herrschenden Auffassung durchaus widerstreiten. Die Praxis hat bei Abfassung der Prioritätsurtheile, welche freilich zunächst nur als Vermittlungsvorschläge nach der hannoverschen Proceßordnung erscheinen, in Ansehung des beweglichen Vermögens, soviel mir bekannt, auch stets die Generalhypotheken, mochten sie von dem Erben oder dem Erblasser

Gegensatze zu den Rückständen von Zinsen, Renten u. s. w. und zu den Proceßkosten betrifft, per argumentum a contrario als durch authentische Interpretation widerlegt zu betrachten nach § 23 des Pfandgesetzes von 1864. Vgl. unten.

15) § 25 des Gesetzes.

16) Vgl. Dernburg I. S. 266. 506.

17) Außerdem wäre hier der Schlußsatz des § 28 (vgl. unten § 8 nach Anm. 1) analog heranzuziehen.

bestellt sein, lediglich nach dem Alter locirt, obschon früher die eingetragenen Generalhypotheken selbst gegenüber dem Faustpfande durchdrangen.[18] Die Sicherheit der Generalhypothek, soweit dieselbe Mobilien betrifft, ist demnach freilich eine sehr precäre, man kann nicht wissen, ob Jemand nicht einen Anderen beerbt hat, auf dessen Vermögen Generalhypotheken haften, und durch Beerbungen kann auch in Zukunft die Sicherheit der Generalhypothek noch alterirt werden.[19]

## 2. Oeffentlichkeit.

### § 4.

#### a. Das Hypothekenbuch. — Einrichtung und Grundlagen.

Die Einrichtung der Hypothekenbücher beruht in Hannover wesentlich nicht auf dem neuen Gesetze selbst, sondern auf der Ausführungsbekanntmachung des Justizministeriums vom 22. März 1865. Das Gesetz selbst enthält nur vereinzelte Vorschriften.*)

Eine allgemeine Vermessung und Kartirung des Königreichs, welche etwa die Grundlage der Hypothekenbücher bilden könnte, ist nicht vorhanden. Die bei der Grundsteuerregulirung in den zwanziger Jahren vorgenommene Vermessung war theils schon anfangs ungenau gewesen, theils im Laufe der Zeit, da die Besitzveränderungen nicht mit genügender Schärfe nachgetragen worden, zu ungenau geworden, als daß die Benutzung der darauf beruhenden Rollen und Manuale allgemein gesetzlich hätte vorgeschrieben werden können.[1] Doch ist der Gebrauch der letz-

---

18) Vgl. auch Entscheidung d. O.-A.-G. zu Celle (I. Senat) v. 21. Juni 1859 in den gesammelten Entscheidungen des Tribunals, 1860 S. 145 ff. — Bei der erstmaligen Abfassung des Prioritätsurtheils wäre übrigens, wenn nicht rein inquisitorisch verfahren werden sollte, ein anderes Verfahren als das im Text bezeichnete auch kaum möglich.

19) Andere Gründe der Unsicherheit siehe noch unten.

*) Zur Veranschaulichung ist am Schlusse dieser Schrift ein Formular eines neuen Hypothekenbuchs für Special- und Generalhypotheken beigefügt. Desgleichen ein Formular eines Registers für ein solches Hypothekenbuch.

1) Vgl. die Regierungsmotive des Gesetzes.

teren keineswegs ausgeschlossen und findet sogar zur bessern Bezeichnung einzelner Grundstücke oft statt, wie denn auch die späteren, besseren Theilungs- und Verkopplungskarten der Feldmarken, da wo solche Theilung der Gemeinheiten und Zusammenlegung der Grundstücke geschehen ist, benutzt werden können. Die Bezeichnung der Grundstücke hängt vielmehr, insoweit es sich nicht um Häuser handelt, welche nach der Hausnummer aufgeführt werden, lediglich von der Uebereinkunft der Betheiligten ab, worauf indeß selbstverständlich das Gericht und die bei demselben beobachtete Praxis einen wesentlichen Einfluß ausübt. Die Existenz hinreichend genauer Karten wird aber für die Bezirke, in denen das Specialhypothekenbuch nicht unmittelbar gesetzlich vorgeschrieben ist, nach § 8 Abs. 2 des Gesetzes als Bedingung für die Anlage eines Specialhypothekenbuchs betrachtet, worüber das Justizministerium entscheidet.[2]

Die einzelnen Hypothekenbücher umfassen entweder den Bezirk des Hypothekengerichts oder einzelne Ortschaften. Doch können auch mehrere Ortschaften eines Gerichtsbezirkes zu einem Hypothekenbezirke vereinigt werden. Der Umstand, wie weit sich der Hypothekenbuchsbezirk erstreckt, ist von erheblicher praktischer Wichtigkeit, da, wo Specialhypothekenbücher nicht angelegt sind. Die Generalhypothek ergreift sämmtliche zur Zeit der Eintragung dem Verpfänder gehörige Grundstücke, soweit solche im Hypothekenbuchsbezirke belegen sind, also zuweilen die in einem ganzen Amtsgerichtsbezirke belegenen, zuweilen nur die zu der bestimmten Ortschaft gehörigen (vgl. § 3). Es wird daher ein Verzeichniß der einzelnen Hypothekenbuchsbezirke bei jedem Amtsgerichte für dessen Gerichtsbezirk und auf dem Bureau der Kronanwaltschaft für den Bezirk des betreffenden Obergerichts zu Jedermanns Einsicht bereit gehalten.[3] Daß die Bildung der Hypothekenbuchsbezirke nach Ortschaften die Regel bilden soll, ist bereits oben hervorgehoben.

---

2) Vgl. oben § 3 Anm. 7. Der Abs. 2 ist ständischer Zusatz und beruht auf der Erwägung, daß in einzelnen Gemeindebezirken die zur Einführung der eigentlichen Specialhypothek erforderlichen Vorbedingungen vorhanden sein würden, und daß es nicht gerechtfertigt sein würde, solchen Bezirken die Vortheile, welche durch das Princip der Specialität gewährt werden, deßhalb vorzuenthalten, weil dieses Princip sich noch nicht allgemein im Lande durchführen lasse.

3) Vgl. § 5 d. Ausführungs-Bekanntmachung.

Die Hypothekenbücher zerfallen da, wo besondere Specialhypothekenbücher geführt werden, in ein General- und ein Specialhypothekenbuch. Die Specialhypothekenbücher zerfallen wieder in zwei Abtheilungen, ebenso die Hypothekenbücher da, wo Specialhypothekenbücher nicht geführt werden, vielmehr ein und dasselbe Buch die Special- und die Generalhypotheken umfaßt. (Letzteres bildet auf dem Lande die Regel.) Die erste Abtheilung begreift die von den Hausbesitzern, die zweite Abtheilung die von Nichthausbesitzern bestellten Hypotheken. Die einzelnen Folien sind aber sämmtlich Personalfolien.[4]) Wenn z. B. ein Hausbesitzer noch neben seinem Hause andere Landstücke speciell mit verpfändet, so wird die letztere Hypothek ebenso wie eine etwa daneben noch bestellte Generalhypothek auf das Folium seines Hauses miteingetragen.[5]) Dennoch soll wiederum jedes selbständige Haus in Gemäßheit der von den Obrigkeiten geführten Häuserliste[6]) auf ein besonderes Folium eingetragen werden.[7]) Hiernach wird eine Hypothek nicht selten an mehreren Stellen gleichzeitig eingetragen werden müssen, z. B. wenn Jemand, der mehrere Häuser in derselben Ortschaft besitzt, mehrere Generalhypotheken bestellt (sofern nicht ein Specialhypothekenbuch besteht), oder es sind häufige Verweisungen von einem Folium auf das andere nothwendig.[8])

Die Namen der Hausbesitzer werden nach den obrigkeitlichen

---

4) So besagt ausdrücklich § 10 Abs. 2 der Ministerialbekanntmachung.

5) Man hat wohl darauf gerechnet, daß in der Mehrzahl der Fälle bei der Theilung von Ländereien eine Regulirung der Hypothekenbelastung stattfindet oder aber der in einer Hand vereinigte Grundbesitz, soweit nicht mehrere selbständige Häuser darauf errichtet werden oder errichtet sind, auch zusammen auf den neuen Erwerber übergehen würde. Danach würden die Personalfolien thatsächlich zu Realfolien werden; nur daß die Grundstücke nicht durch Karten oder andere objective Merkmale, zunächst durch die Aufeinanderfolge der Besitzer bezeichnet würden.

6) In einigen Orten geschieht die Bezeichnung übrigens nicht nach den neuen von der Obrigkeit (Verwaltungsbehörde) festgestellten Hausnummern, sondern nach älteren Catasternummern (§ 21 der Bekanntmachung), so z. B. in der Stadt Hannover.

7) Die Häuser erhalten auch ohne daß Hypothekeneintragungen geschehen, sogleich ein Folium.

8) Bezüglich der Anlage besonderer Folien, wenn mehrere Personen gemeinschaftlich ein Haus besitzen, vgl. Bekanntmachung § 35; bezüglich der Uebertragung der nicht zur Befriedigung gelangten Generalhypotheken im Concurse eines Hausbesitzers vgl. § 42 daselbst.

Häuserlisten, welche jährlich berichtigt werden, eingetragen. Nach dem der Ministerialbekanntmachung beigefügten Probeformulare braucht die Eintragung eines Eigenthumswechsels aber keineswegs mit genauer Angabe des Datums zu geschehen. (Es genügt z. B. zu sagen: Besitzer seit 1861.) Jedes Hausfolium besteht aus mindestens zwei Doppelseiten und 9 Columnen, die auf 2 einfache sich gegenüberstehende Seiten vertheilt sind. Die erste Columne enthält die laufende Nummer der Hypothekbestellung, die zweite den Namen des Hypothekbestellers, die dritte den Namen der Gläubiger und Cessionare, die vierte die hypothekarische Forderung (mit verschiedenen engeren Columnen) unter Angabe der Summe in Buchstaben und Zahlen und des Titels der Eintragung, die fünfte den Zinsfuß, die sechste bezeichnet den Gegenstand der Hypothek[9]), die siebente die Zeit (Datum) der Eintragung[10]), die achte die Löschungen und die neunte etwaige Bemerkungen, welche in keine der angeführten Columnen passen, z. B. die Bemerkung, daß noch andere Personen für die Forderung Hypothek bestellt haben (etwa die Ehefrau des Hypothekbestellers), Verweisungen auf andere Stellen des Hypothekenbuchs u. s. w. Die die einzelnen Hypotheken betreffenden Eintragungen werden durch einen die Doppelseiten gleichmäßig schneidenden Querstrich getrennt. Die Ueberschriften der Doppelseiten geben die Nummer des Foliums der Bezeichnung des Besitzthums (z. B. als Halbmeierhof, Wohnhaus u. s. w.), die Nummer der Hypothekenacten im Archiv, die Stelle der Eintragungen im Hypothekenregister und etwaige Fortsetzungen im Hypothenbuche an.[11])

Die zweite Abtheilung des Hypothekenbuchs für die von Nichthausbesitzern zu bestellenden Hypotheken, beziehungsweise das Generalhypothekenbuch ist völlig conform der ersten Abtheilung eingerichtet, nur

---

9) Hier kann auch, falls die Beschreibung zu viel Raum einnehmen würde, auf die Hypothekenacte verwiesen werden (§ 30 der Bekanntmachung). — Die nachträgliche Befreiung einzelner Gegenstände von der Hypothek wird gleichfalls in dieser Columne bemerkt. —

10) In dieser Columne erfolgen auch die Vormerkungen.

11) Bei dem angenommenen sehr complicirten Columnensystem steht zu befürchten, daß die Bücher sehr zu umfangreichen Bibliotheken anschwellen werden. — Mehr als drei verschiedene Hypotheken sollen auf keiner Blattseite eingetragen werden. Vgl. § 31 d. Bekanntmachung.

fällt die Columne 2 der Folien der ersten Abtheilung (Hypothekbesteller) weg, da das Folium schon in der Ueberschrift den Namen des Hypothekbestellers anzeigt und jeder Hypothekbesteller ein besonderes aus mindestens einer Doppelseite bestehendes Folium erhält.[12] Jede der beiden Abtheilungen des Hypothekenbuchs kann aus mehreren Bänden bestehen; doch ist da, wo der Raum es gestattet, die Aufnahme beider Abtheilungen in einen Band nicht ausgeschlossen. Für jedes Hypothekenfolium wird eine besondere Hypothekenacte geführt, in welche seit Gültigkeit des neuen Gesetzes alle das Folium betreffende Anträge, Verfügungen, Contracte u. s. w. aufgenommen werden (vgl. § 48 der Ausführungsbekanntmachung).

Für die sämmtlichen Abtheilungen des Hypothekenbuchs besteht ein gemeinsames alphabetisches Register.

Uebrigens sind die Hypothekenbücher nach mehreren neueren Gesetzen (Allodificationsgesetz vom 13. April 1836 § 35, revidirtes bremisches Ritterrecht, bestätigt unter dem 19. April 1847, § 7) auch zur Aufnahme von Bemerkungen über besondere Qualitäten eines Grundstückes bestimmt, welche dessen freie Veräußerung oder Theilung hindern. Diese Bemerkungen (z. B. über Fideicommiß-, Stammgutsqualität u. s. w.) werden wie hypothekarische Eintragungen behandelt, desgleichen Eintragungen von Allodifications-, Ablösungscapitalien oder Darlehn zum Zwecke der Ablösung (§ 44 der Bekanntmachung). Die auf dem Grundstücke ruhenden Servituten und Reallasten können nach dem hannoverschen Gesetze nicht aus dem Hypothekenbuche ersehen werden. Auch ist ihre Entstehung oder ihre Gültigkeit gegenüber dem Erwerber einer Hypothek in Zukunft keineswegs an die Eintragung gebunden.[13] Ablösungs- und Allodificationscapitalien müssen jedoch nach dem Gesetze vom 16. September 1844 (jetzt wie Hypotheken vgl. § 44 der Ausführungsbekanntmachung) eingetragen werden.

---

12) Die Folien sind nicht alphabetisch geordnet. Jeder, der zuerst auf seinen Namen eine Hypothek bestellt, erhält das nächste offene Folium.

13) Der Entwurf von 1862 § 21 wollte, daß Dienstbarkeiten und Reallasten, welche in Zukunft durch Vertrag begründet werden würden, der Eintragung bedürfen sollten, und bestimmte auch, daß Dienstbarkeiten, die nicht eingetragen worden, nicht durch Ersitzung erlöschen sollten. Die ständische Commission strich diesen weitgehenden Paragraphen — mit Recht: denn zu dem unvollkommenen System des Entwurfs paßte er gar nicht.

Sehr wichtig ist endlich noch, daß nach § 8 der Ministerialbekanntmachung eine Uebertragung der bereits eingetragenen Hypotheken aus den älteren sehr verschiedenartig eingerichteten und zum Theil sehr wenig mit Sicherheit zu übersehenden Hypothekenbüchern bei den meisten Amtsgerichten nicht stattgefunden hat, daß diese alten Bücher also noch lange Zeit von erheblicher Wichtigkeit sein müssen, und daß überhaupt (vgl. §§ 2, 3 der Bekanntmachung) die Fortführung der älteren Hypothekenbücher in einzelnen Bezirken ausnahmsweise vom Justizministerium genehmigt werden konnte [14], wie denn in der Bekanntmachung überhaupt Modificationen der Einrichtung der Hypothekenbücher für einzelne Bezirke, besonders für Städte, zuzulassen, vorbehalten wurde.

Eine Taxirung des Grundstückes behuf Eintragung einer Hypothek findet in Hannover nicht statt, und werden auf den Werth der Grundstücke bezügliche Bemerkungen auch in das Hypothekenbuch nicht aufgenommen. Ueber den Fall, daß ein Hypothekenbuch zerstört werden sollte, trifft das hannoversche Gesetz keine Bestimmungen. Vielleicht würde hier ein Specialgesetz nothwendig werden.

### b. Rechtliche Bedeutung der Einträge. — Legalitäts- oder Consensprincip?

### § 5.

Das hannoversche Gesetz ruht nicht auf dem Principe der Publicität in dem Sinne, daß im Verhältniß zu dritten bei dem ursprünglichen Rechtsgeschäfte nicht betheiligten Personen, insoweit solche in gutem Glauben gehandelt haben, das Hypothekenbuch unbedingte Gültigkeit und Wirksamkeit haben soll. [1]) Nach dem hannoverschen

---

14) So werden für die Stadt Hannover die alten Specialhypothekenbücher auch für neue Hypotheken fortbenutzt.

1) Preuß. allgem. Landr. I. 20 § 534. Bair. Hypothekengesetz §§ 31. 32. Königl. sächs. Gesetz v. 6. Novbr. 1843, §§ 2. 3. „Vermöge der Oeffentlichkeit des Grund- und Hypothekenbuchs bringt jede im Vertrauen auf dasselbe vorgenommene Handlung, die sich auf das Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht an einem Grundstücke bezieht, in Ansehung Desjenigen, welcher nach den im Grund- und Hypothekenbuche befindlichen Einträgen und in gutem Glauben gehandelt hat, alle

Gesetze besteht vielmehr das System der Publicität nur, wie man sich ausdrücken darf, negativ, und auch nur in Beziehung auf Hypotheken. „Es gilt keine Hypothek, die nicht in das Hypothekenbuch des zuständigen Richters eingetragen wird." Aber es gilt keineswegs der Satz, daß eine eingetragene Hypothek zu Gunsten eines dritten gutgläubigen Erwerbers unbedingt verfolgbar sei. Nicht nur fehlt es an einer derartigen allgemeinen Bestimmung, welche dem bestehenden durchaus abweichenden Rechte gegenüber unerläßlich gewesen wäre. Es mangeln dazu auch alle Grundlagen, insbesondere die Berechtigung des Besitztitels, die Auflassung u. s. w. und nach den Motiven sollte überhaupt das Gesetz nur die dringendsten Uebelstände des bisherigen Rechtszustandes beseitigen, kein vollständiges neues System mit sich bringen. Nicht einmal Das kann man sagen, daß eine Hypothek, welche aus dem Hypothekenbuche nicht ersichtlich sei, nicht gelte. Denn wenn es auch im § 6 heißt:

„Eine Hypothek entsteht nur durch Eintragung in das Hypothekenbuch"

und wenn auch in Folge der Uebergangsbestimmungen die gesetzlichen Hypotheken des früheren Rechts jetzt wohl sämmtlich in die Hypothekenbücher nach §§ 86, 92 des Gesetzes eingetragen sind (eine Ausnahme wäre nur auf Grund der Uebergangsbestimmung des § 103 denkbar, wird aber jetzt nicht mehr vorkommen), und die früher eingetragenen Generalhypotheken die nach Ablauf des Uebergangsjahrs (also vom 15. März 1867 an) von dem Hypothekbesteller erworbenen Immobilien nicht mehr ergreifen (§ 88 des Gesetzes), so gewährt das Hypothekenbuch doch keine Sicherheit dagegen, daß nicht ein Grundstück, welches an einer Stelle mit einer Hypothek beschwert erscheint, nicht noch an einer anderen Stelle bereits früher mit einer Hypothek belastet wurde. Denn einerseits wird über die einzelnen Grundstücke, die ja auch besondere Folien nicht haben, nicht ein Register geführt, und andererseits sind auch die Generalhypotheken einem späteren Erwerber und den von ihm bestellten Hypotheken gegenüber unbedingt wirksam, ja es hat nicht einmal eine Uebertragung der in die älteren Bücher

---

rechtlichen Wirkungen hervor, die der Handlung nach jenen Einträgen angemessen sind." — Vgl. Mecklenburgische rev. Stadtbuchordnung v. 1857 § 36. Hypothekenordnung für Landgüter v. 1846 § 25. Königl. sächs. bürgerl. Gesetzb. von 1863 § 278.

eingetragenen Hypotheken stattgefunden [1a]), und die Generalhypotheken des älteren Rechtes ergriffen bis zum Ablauf des Uebergangsjahrs auch das künftig zu erwerbende Grundvermögen des Hypothekbestellers!

Hiernach sind denn auch einzelne Folgesätze des Systems der Publicität, welche das hannoversche Gesetz gewissermaßen nothgedrungen angenommen hat, lediglich als singuläre einer weiteren Ausdehnung nicht fähige Ausnahmen aufzufassen, so insbesondere die Bestimmung des § 33 über die Löschung der Hypothek, in welcher der eben aufgestellte Satz, daß das hannoversche Hypothekenbuch das System der Publicität nach ihrer negativen Seite verwirkliche, am klarsten zu Tage tritt. Die Hypothek erlischt durch die Löschung im Hypothekenbuche (vgl. unten § 20) ohne Rücksicht darauf, ob die rechtlichen Voraussetzungen der Löschung vorhanden waren. [2])

Noch weniger schützt selbstverständlich die Einsicht des Hypothekenbuchs gegen Anfechtung der Hypothek aus dem Grunde, daß der Besteller derselben nicht Eigenthümer des verpfändeten Grundstücks war [3]), daß er aus besonderen Gründen, z. B. weil das Gut ein Fideicommiß- oder unveräußerliches Stammgut [4]), das Grundstück Pertinenz eines

---

1a) Ebenso sind die bei den früheren höheren Gerichten eingetragenen Hypotheken, welche Sachen oder Personen mit privilegirtem Gerichtsstande betrafen, nach Aufhebung des privilegirten Gerichtsstandes (1. Octbr. 1848) regelmäßig nicht umgeschrieben; die betreffenden Bücher sind abgegeben an das Amtsgericht des Orts, wo das frühere höhere Gericht (meistens mit größerem Bezirke) seinen Sitz hatte; insoweit können jetzt auch noch ältere Hypotheken gelten, die bei dem Judex rei sitae nicht inscribirt sind. Vgl. Gesetz v. 14. Juni 1854.

2) Da die Löschung — auch nach hannoverschem Rechte doch nicht in einem wirklichen Austilgen der Stelle des Hypothekenbuchs besteht, auf welche die Hypothek eingetragen wurde, vielmehr nach dem Systeme der öffentlichen Bücher auch wieder als ein positiver Eintrag erscheint, dessen Wirkungen freilich in der Hauptsache durch eine „Negative" ausgedrückt werden können, so tritt hier der Mangel eines festen Princips des hannoverschen Hypothekenrechts am besten hervor. — Uebrigens muß nach dem Satze, daß eine stärkere Wirkung, die einem Majus gegenüber eintritt, um so mehr einem Minus gegenüber zu gelten hat, das über die Löschung Verordnete auch für jeden einer eingetragenen Hypothek nachtheiligen Eintrag gelten.

3) Das Gesetz hat über die Convalescenz der Hypotheken sogar einen besondern Paragraphen (§ 28).

4) Allerdings ist in neueren Gesetzen seit der Verordnung 1828 vorgeschrieben, daß solche Qualitäten in das Hypothekenbuch eingetragen werden müssen, um Gültigkeit gegen Dritte zu erlangen. Allein dies gilt, soviel mir bekannt, immer

untheilbaren Gutes war[5], nicht zur Verpfändung befugt war. Bei diesem Systeme, welches dem Erwerber der Hypothek in Folge der Eintragung gar keine positive rechtliche Sicherheit geben will, und selbst die beschränkte negative, die es zu geben beabsichtigt, nicht einmal wirklich giebt, kann das s. g. Legalitätsprincip, dem zufolge der Richter nicht nur die Gültigkeit der Pfandbestellung an sich, sondern auch der Gültigkeit zum Grunde liegenden Forderung vollständig zu prüfen hat, keinen Sinn haben. Die ohnehin factisch nach den in Hannover bestehenden Verhältnissen unausführbare Vorschrift des § 4 der Verordnung von 1828:

> „Bevor der Richter irgend eine Hypothek einträgt, muß er sich überzeugt haben, daß alle bisherigen rechtlichen Erfordernisse zu der Gültigkeit vorhanden sind."

ist daher durch §§ 75—77 des neuen Gesetzes, welche die Prüfung des Richters wesentlich beschränken, als beseitigt anzusehen. Nichts desto weniger besteht auch nach dem hannoverschen neuen Gesetze das Princip der Legalität in gewissem Umfange — nur daß eben sonst Alles von dem Ermessen des Hypothekenrichters abhängt, und daß dieses Ermessen nicht an sichere Normen gebunden werden kann. Da die Eintragung auch den dritten Erwerber der Hypothek gegen Anfechtung gar nicht schützt, und nur die Löschung solche Wirksamkeit in gewissem Umfange besitzt, wäre freilich denkbar, daß man die Beurtheilung der Erfordernisse

---

nur für neu entstehende derartige Beschränkungen der Dispositionsbefugniß. Außerdem ist nirgends gesagt, daß die etwa zu Unrecht erfolgte Löschung solcher Bemerkungen Dritten gegenüber unbedingt wirksam sei. Die Vorschrift des § 33 über Löschung von Hypotheken darf hierauf um so weniger ausgedehnt werden, als sie singulärer Natur ist, und es gar nicht einmal, wie die Motive des Gesetzes ergeben, die Absicht des Gesetzgebers war, den Gläubiger in Ansehung der Verpfändungsbefugniß des Verpfänders vollkommen sicher zu stellen.

5) Nach § 7 Abs. 2 des Gesetzes genügt es zur Gültigkeit der Hypothek an einem nicht frei theilbaren Gute oder Hofe, wenn die Eintragung der Hypothek in das Buch des Gerichts, bez. des Hypothekenbuchbezirkes erfolgt, in welchem das zu dem Gute oder Hofe gehörige Haupthaus, oder — bei einem unbebaueten Gute oder Hofe — der größere Theil der Grundstücke liegt. Nach dem System der Publicität würde umgekehrt, wenn auf die einzelnen in fremden Bezirken belegenen Grundstücksfolien die Pertinenzqualität nicht eingetragen ist, dies zu Gunsten eines dritten gutgläubigen Erwerbers der Hypothek als selbstständiges Gut gelten.

der Eintragung lediglich den Betheiligten selbst überließe und dem Hypothekenrichter keinerlei Prüfung vorschriebe [6], wie dies im französischen Recht der Fall ist. Aber damit ist eine geordnete Buchführung mit Folien, seien es auch nur die Personalfolien der hannoverschen Hypothekenbücher, nicht wohl vereinbar. Eintragungen seitens unberechtigter Personen müssen den Credit des Berechtigten [7] schädigen. So muß denn eine gewisse Prüfung der Verpfändungsbefugniß auch nach dem hannoverschen Gesetze stattfinden. [7a] Außerdem ist, was die Pfandbestellung selbst betrifft, nach dem hannoverschen Rechte zu unterscheiden:

A. In Ansehung des Inhalts der Hypothekbestellung:

1. Wenn ein genügend bestimmter Antrag auf Eintragung einer Hypothek vorliegt, so hat der Richter nur die Gültigkeit dieses Antrages, nicht aber die Gültigkeit des zum Grunde liegenden Rechtsgeschäftes zu prüfen; es gilt also insoweit das Princip des Consenses und nicht das der Legalität, wie es z. B. nach dem bisherigen preußischen Rechte besteht. [8]

2. Bildet die Zusicherung der Bestellung einer öffentlichen Hypothek nur einen Bestandtheil eines anderen Rechtsgeschäftes, so muß der Richter auch die Gültigkeit des letzteren prüfen. Die Parteien werden aber regelmäßig die Eintragung durchsetzen können, wenn der Hypothekbesteller den zu 1 genannten formellen Antrag an das Gericht errichtet. [9]

---

6) Man könnte den Parteien die Eintragung selbst überlassen, so daß der Richter nur das Datum derselben bescheinigte. Vgl. Bar, im N. Magazin f. hannov. R. 1864. S. 232 ff.

7) Dieser würde wesentlich auf den weitläufigen Weg der Negatoria actio beschränkt sein. Vgl. Bar a. a. O. und unten.

7a) Vgl. unten.

8) Vgl. § 77 des Gesetzes: „Wird die Eintragung einer Hypothek beantragt, so bleibt — abgesehen von den Bestimmungen der §§ 16. 75. 76 — die Prüfung der Gültigkeit des Rechtstitels, der einzutragenden Forderung und der Befugniß des Verpfänders zur Verfügung über den Pfandgegenstand lediglich dem Gläubiger überlassen.

9) Der zweite Absatz des § 77 sagt zwar allgemein: „Doch hat der Richter die Eintragung der Hypothek unter Angabe der Gründe zu erwägen, wenn ihm Thatsachen bekannt sind, wonach die Hypothek ungültig sein würde." Allein durch die Eintragung der Hypothek kann nach hannoverschem Rechte nur der Hypothekbesteller oder allenfalls der Eigenthümer, wenn der Hypothekbesteller nicht der Eigenthümer ist, in seinem Credite geschädigt werden, nie ein Dritter. Wenn also der,

B. Bezüglich der Handlungsfähigkeit des Hypothekbestellers hat der Richter bei Eintragung der Hypothek regelmäßig gar keine Prüfung vorzunehmen, wie dies dem oben dargelegten Grundsatze entspricht, wonach durch die Eintragung wirkliche Rechte einer Person nicht verletzt werden. Indeß soll doch das Hypothekenbuch nicht offenbar ungültige Rechtsgeschäfte enthalten, da darunter sowohl die Uebersichtlichkeit als die im Interesse des allgemeinen Credits wünschenswerthe Zuverlässigkeit des öffentlichen Buches leiden würde; für diesen Fall kommt daher, ebenso wie bei der Frage, ob der Hypothekbesteller kraft des Eigenthums- oder eines anderen dinglichen Rechts zur Pfandbestellung befugt sei, der zweite Absatz des § 77 zur Anwendung, wonach die Eintragung dann zu verweigern ist, wenn dem Richter Thatsachen bekannt sind, welche die Hypothek ungültig machen würden. [10])

C. In Ansehung der äußeren Form der Anträge und Rechtsgeschäfte, auf Grund deren die Eintragung einer Hypothek erfolgen soll, ist das hannoversche Gesetz § 75 so streng wie irgend ein anderes neueres, das System der Publicität befolgendes Gesetz. „Alle Rechtsgeschäfte, auf deren Grund Eintragungen vorgenommen werden sollen, müssen durch öffentliche oder doch mit öffentlich beglaubigter Unterschrift versehene Urkunden nachgewiesen werden.“ [10a]) Als selbstverständlich muß es angesehen werden, daß der Richter die Zulässigkeit des Antrags in der Rücksicht zu prüfen hat, ob das, was beantragt wird, mit der Einrichtung des Hypothekenbuchs verträglich sei. Dazu gehört auch — und dieser Punkt ist in den Regierungsmotiven (vgl. Schneider zu § 77)

---

den der Richter zur Verpfändung befugt erachtet, in die Eintragung consentirt, so würde die Versagung der Eintragung, welche übrigens nach hannoverschem Rechte dem Richter weit eher den Parteien verantwortlich machen muß, als die Eintragung selbst, als ein Act willkürlicher Bevormundung der Parteien erscheinen. Selbstverständlich braucht freilich der Richter sich nicht dazu herzugeben, Hypotheken einzutragen für geradezu unmögliche oder verbotene Forderungen, die etwa nur als Mittel des Betrugs gegenüber unkundigen Personen benutzt werden können. Auf Fälle der letzteren Art bezieht sich die im Texte hinzugefügte Beschreibung „regelmäßig“.

10) Für die Löschung der Hypothek wird eine strengere Prüfung unerläßlich sein, desgleichen für die Eintragung einer Cession.

10a) Die Betheiligten können aber auch ihre Anträge persönlich zu Protokoll des Hypothekenrichters anbringen. Das Protokoll bildet die erforderliche öffentliche Urkunde. Vgl. die Regierungsmotive zu § 75 des Gesetzes bei Schneider S. 33.

als selbstverständlich bezeichnet worden — daß der Richter seine Competenz zu prüfen hat; denn die Eintragung von Hypotheken in die Bücher eines incompetenten Gerichtes wäre mit der im öffentlichen Interesse bestehenden Ordnung der Bücher unvereinbar — abgesehen auch davon, daß der Richter, eine zweifellos ungültige Handlung vorzunehmen, schon nach allgemeinen Grundsätzen sich zu weigern hat. Ebenso sind zurückzuweisen Anträge auf Eintragung von der Summe nach unbestimmten Hypotheken u. s. w.

Eine besondere Bestimmung enthält das Gesetz über den Fall der Eintragung einer Specialhypothek kraft gesetzlichen Titels. Diese soll nach § 77 Abs. 3 ohne ausdrückliche Einwilligung des Verpflichteten nur dann geschehen, wenn der Antragsteller das Eigenthum des Verpflichteten an den betreffenden unbeweglichen Sachen glaubhaft bescheinigt.[11])

Wenn das hannoversche Gesetz den Grundsatz der Publicität nicht in dem oben angegebenen strengen Sinne kennt, so hat es denselben doch in der Richtung aufgenommen, daß das Hypothekenbuch nach § 71 Abs. 2 von Jedem eingesehen werden kann „sobald er an der Einsicht des Hypothekenbuchs ein rechtliches Interesse hat". Als ein rechtliches Interesse im Sinne des Gesetzes wird es, abgesehen von den im ersten Absatze des § 71 aufgeführten speciellen Fällen, „daß Jemand als Besitzer, Schuldner oder Gläubiger aufgeführt ist" zu betrachten sein, daß Jemand Pächter oder Miether des fraglichen Grundstücks ist, wenigstens insofern der gemeinrechtliche Grundsatz gilt, und dieser ist auch in Hannover gemeines Recht, daß der Mieth- und Pachtcontract den neuen Erwerber des Grundstücks als Singularsuccessor nicht bindet („Kauf bricht Miethe"). Denn auch diesen Personen kann daran gelegen sein, zu erfahren, ob der Vermiether oder Verpächter voraussichtlich sein Grundstück Schulden halber selbst veräußern werde, oder dasselbe im Wege der Subhastation werde veräußert werden.[12]) Uebrigens

---

11) Wäre die Forderung, für welche die Eintragung, kraft gesetzlichen Titels beansprucht wird, selbst noch nicht anerkannt, so würde nur Vormerkung eintreten können nach § 34 des Gesetzes. Denn die Bestimmung des § 34 ist eine allgemeine, die des § 77 a. E. nur eine singuläre. Damit stimmen überein die Regierungsmotive (vgl. Schneider zu § 34).

12) So auch Heyne, Commentar zum k. sächs. Gesetze I. S. 143.

wird auch ein Interesse des öffentlichen Rechts als ein rechtliches Interesse zu betrachten sein, wenn öffentliche Behörden Einsicht der Hypothekenbücher fordern [13]), und selbst einfache chirographarische Gläubiger können ein rechtliches Interesse an der Einsichtnahme des Hypothekenbuchs haben, z. B. wenn sie arrestatorische Maßregeln oder etwa Concurseröffnung beantragen wollen, und hierbei die Belastung der Folien des Schuldners oder eine darin eingetragene Hypothek von wesentlicher Bedeutung ist.

Die Frage, ob auch Diejenigen, die nur ein Rechtsgeschäft in Beziehung auf ein in dem Hypothekenbuche verzeichnetes oder doch möglicher Weise verzeichnetes Grundstück [14]) abzuschließen beabsichtigen, die Einsicht des Buchs erlangen können, ist m. E. mit Rücksicht auf den wörtlichen Ausdruck des Gesetzes richtiger zu verneinen. [15]) Die Gefahr eines Mißbrauchs liegt einerseits hier nahe, während durch die Einwilligung des Folieninhabers oder den Antrag des eingetragenen Gläubigers leicht dem Bedürfnisse abgeholfen werden kann. In jedem Falle wird übrigens, obgleich das Gesetz nur von einem „Interesse haben" spricht, die glaubhafte Bescheinigung desselben genügen. Denn selbst die Eintragung als Besitzer in die Hausfolien erfolgt da, wo nicht die besondere Bestimmung des § 78 particularrechtlich Platz greift [15a]), auf

---

13) Ganz unbeschränkt kann indeß auch öffentlichen Behörden die Einsichtnahme nicht gestattet werden. Vgl. Preuß. Entw. von 1869 § 15: „Oeffentlichen Behörden und den von ihnen beauftragten Beamten steht in den gesetzlich bestimmten Fällen die Einsicht der Grundacten und Entnahme von Bemerkung aus denselben frei."

14) Denn nicht alle Grundstücke eines Bezirks sind in dem Hypothekenbuche aufgeführt und das Interesse kann gerade darin bestehen, zu erfahren, daß ein Eintrag auf das fragliche Grundstück nicht geschehen sei (dasselbe nicht in dem Hypothekenbuche vorkommt).

15) Die Bestimmungen neuerer Gesetze und Entwürfe lauten verschieden. Während der bayerische Entwurf auch von bevorstehenden Rechtverhältnissen redet, hat das bayerische Gesetz die Einsicht aus letzterem Grunde nicht verstattet. Dagegen läßt das k. sächs. Civilgesetzbuch § 96 (vgl. auch Heyne, Comment. über das frühere Gesetz I. S. 143) die Rücksicht auf einzugehendes Rechtsverhältniß als ein rechtliches Interesse gelten. Strenger nehmen es die mecklenburgische rev. Hypothekenordnung für Landgüter § 39, mecklenb. rev. Stadtbuchordnung § 47. Letztere sagt treffend: „Jedem Eigenthümer steht die Einsicht der Folien seines Grundstücks im Stadtbuche unbedingt frei; einem Andern nur insofern und insoweit, als er dessen Zustimmung oder ein rechtliches Interesse darlegt."

15a) Vgl. unten Anm. 16 dieses Paragraphen.

Grund schon einer Anzeige der Verwaltungsbehörde, also wesentlich nur einer Bescheinigung, und bei Eintragung selbst einer Specialhypothek auf Grund eines gesetzlichen Titels wird nach § 77 a. E. nur Bescheinigung des Eigenthums des Verpflichteten an der Pfandsache gefordert. Hiernach kann denn unter Umständen — z. B. wenn der Eigenthümer abwesend ist — auch eine Bescheinigung seiner Einwilligung zur Einsichtnahme oder Glaubhaftmachung derselben durch besondere Thatsachen genügen.[16]) Man wird es im Interesse des Verkehrs nicht allzu strenge hier zu nehmen brauchen, da eine unmittelbare Schädigung des Eigenthums auch durch eine ungerechtfertigte Einsichtnahme des Hypothekenbuchs nicht zu befürchten ist.[17]) Uebrigens versteht es sich von selbst, daß die Einsichtnahme des Foliums auch nur so weit zu gestatten ist, als das rechtliche Interesse des Antragstellers reicht.[18]) Statt der Einsicht des Buchs selbst kann von dem zur Einsicht Berechtigten auch ein beglaubigter Auszug verlangt werden (§ 71 Abs. 1 a. E.).

Den Hypothekenacten, welche auf Grund des § 75 des Gesetzes und nach Maßgabe des § 48 der Ausführungsbekanntmachung (vgl. oben § 4) geführt werden, kann auch nach dem hannoverschen Gesetze eine selbständige Bedeutung nicht beigelegt werden; insbesondere kann die Eintragung im Hypothekenbuche nicht durch Verzeichnung in den Hypothekenacten ersetzt werden. Diese Acten sind, abgesehen von der besonderen in der Ausführungsbekanntmachung § 30 enthaltenen Bestimmung, daß bezüglich der Angabe und Beschreibung der einzelnen verpfändeten Grundstücke auf dieselben im Hypothekenbuche Bezug genommen werden kann, nur für die Rechte der Contrahenten selbst maßgebend und zugleich bestimmt, zur Rechtfertigung des Hypothekenbuchführers zu dienen. „Keinem Dritten darf zugemuthet werden, diese Acten durchzusehen“.[19])

Allein nach hannoverschem Rechte gilt der letztere für diejenige

---

16) Z. B. der Abwesende hat einen Anderen bevollmächtiget, einen Pachtcontract über das betreffende Grundstück abzuschließen.

17) Insbesondere wird die schriftliche Einwilligung des Eigenthümers nicht beglaubigt zu sein brauchen.

18) Vgl. die genaue Fassung des § 47 der mecklenb. rev. Stadtbuchordnung (Anm. 15) u. die detaillirten Bestimmungen der mecklenburg. rev. Hypothekenordnung § 39.

19) Vgl. Gönner, Commentar zum bayerischen Hypothekengesetze I. 253.

Gesetzgebung, welche das System der unbedingten Gültigkeit des Hypothekenbuchs angenommen hat, durchaus richtige Satz doch nur in negativer Beziehung. Gegen einen Dritten darf eine nicht oder nicht vollständig oder ungültig eingetragene Hypothek, oder eine Belastung oder Beschränkung der Dispositionsbefugniß, deren Gültigkeit die Eintragung erfordert, nicht aus dem Grunde geltend gemacht werden, daß sie aus den Acten, nicht aber aus dem Hypothekenbuche selbst ersichtlich ist, und dies sogar ohne Rücksicht auf die Wissenschaft des Dritten von dem Inhalte der Acten, da die Existenz von Rechten, deren Entstehung entweder überhaupt oder Dritten gegenüber an die Eintragung gebunden ist, eben deßhalb auch aus den Acten nicht ersehen werden kann. Aber Derjenige, der aus der Existenz eines eingetragenen Rechtes ein Recht ableitet, ist nach dem Principe des hannoverschen Gesetzes nur gesichert, wenn und soweit die Eintragung dem unterliegenden materiellen Rechtsverhältnisse entspricht. Er wird also allerdings, wenn er vorsichtig ist, sich unter Umständen veranlaßt finden müssen, die Acten einzusehen und wird ihm dann die Einsicht dieser unter denselben Voraussetzungen und in demselben Maße gestattet werden müssen, wie die Einsicht des Hypothekenbuchs selbst. [19a])

Nur in Beziehung auf Hypotheken hat das Gesetz die Absicht, in der Uebersicht des Hypothekenbuchs Vollständigkeit und Sicherheit gegen Vorzugsrechte zu gewähren; nicht in Beziehung auf etwaige Beschränkungen der Veräußerungsbefugniß oder auf Reallasten, wie schon daraus hervorgeht, daß in den Uebergangsbestimmungen §§ 87 ff. die Anmeldung und Eintragung aller älteren gesetzlichen (privilegirten) Hypotheken vorgeschrieben wurde, nicht aber die Eintragung solcher von Alters her bestehender Beschränkungen und Belastungen. Wenn daher § 33 des Gesetzes die Löschung der Hypothek im Hypothekenbuche ohne Rücksicht auf die materielle Rechtfertigung der Löschung die Wirkung der Tilgung der Hypothek in gewissem Umfange beilegt, so kann diese singuläre Bestimmung, welche den sonstigen Grundsätzen über die Wirkung der Einträge in das Hypothekenbuch widerspricht, auf die Löschung jener

---

19a) Eine besondere Gebühr wird dafür nicht erhoben werden dürfen, da die Acten insoweit als Annexum des Hypothekenbuchs zu betrachten sind.

Bemerkungen über Beschränkungen der Veräußerungsbefugniß und über besondere Belastungen des Grundstückes nicht ausgedehnt werden: diese werden vielmehr ungeachtet der erfolgten Löschung im Hypothekenbuche als fortbestehend betrachtet werden müssen, wenn materiell die Voraussetzungen der Löschung nicht vorhanden waren.

Da nach einem Urtheile des Oberappellationsgerichts vom 30. März 1852[20]) (III. Senat) die Löschung der Hypothek nach dem früheren Rechte jene besondere Wirkung nicht hatte, so lag es außerdem, wenn man der Löschung jedes Eintrags jene Wirkung hätte beilegen wollen, doch sehr nahe, im § 33 statt „Wird eine Hypothek gelöscht, so erlischt sie dadurch . . .“ zu setzen: „Wird ein Eintrag gelöscht, so erlischt derselbe . . .“

### c. Die Buchbehörde. Anträge und Beschwerden (Rechtszug). Klagen gegen Eintragungen. Verantwortlichkeit der Buchbehörde. Haftung des Staates.

## § 6.

Die Hypothekenbücher werden in Hannover von den Amtsgerichten geführt, denen überhaupt nach dem seit dem 1. Octbr. 1852 in Kraft getretenen Gerichtsverfassungsgesetze vom 8. Novbr. 1850[1]) die freiwillige

---

20) Magazin f. hannov. R. IV. (1854) S. 296. Den Gründen dieses Erkenntnisses, welches ich im Resultate für richtig halte, vermag ich freilich nicht beizustimmen. Daraus, daß nach § 4 der Verordnung von 1828 der Richter vor der Löschung sich davon überzeugen muß, daß der Antrag von dem wirklich Berechtigten ausging, folgt noch nicht, daß die auf Antrag eines Unberechtigten dennoch ausnahmsweise erfolgte Löschung die Hypothek nicht tilgen könne, wie ein Blick auf die modernen Gesetze, welche das System der Publicität in vollem Umfange anerkennen, beweist. Jene genaue richterliche Causae cognitio ist vielmehr gerade die Vorbedingung der Wirkung der Löschung (und Eintragung) als solcher. Richtiger sind die Gründe, welche André (Magaz. V. S. 118 ff.) vorbringt. Die hannov. Verordnung kannte eben jene besondere Wirkung der Eintragung nicht, welche auf dem System der Publicität in jenem Sinne beruht, und hatte eine singuläre Vorschrift für Löschungen, bei denen sie allerdings besonderes Bedürfniß ist, eben nicht aufgenommen.

1) Einzelne Bestimmungen dieses Gesetzes sind durch ein Zusatzgesetz v. 31. März 1859 geändert. Vgl. die Zusammenstellung bei Leonhardt, Justizgesetzgebung für das Königr. Hannover 3. Aufl. I. S. 8. § 5 des Zusatzgesetzes v. 1859.

Gerichtsbarkeit fast ausschließlich[2] (nur unter Mitwirkung der Notare für Beurkundung von Rechtsgeschäften) obliegt.[3] Die Amtsgerichte (Bezirke meistens von etwa 18—20,000 Einwohnern umfassend, in einzelnen Städten mit größerer Einwohnerzahl, ausnahmsweise auch nur mit etwa 10,000 Einwohnern) bilden die unterste Stufe der Gerichtsorganisation. Die Amtsrichter sind Einzelrichter, obgleich bei den bei weitem meisten Amtsgerichten mehrere Amtsrichter angestellt sind, die sich dann in die Geschäfte, sei es nach Bezirken oder nach Geschäftszweigen u. s. w., theilen. Die Geschäfte des Gerichtsschreibers werden von den Actuaren, welche eine rechtsgelehrte Bildung nicht zu besitzen brauchen, und von den Auditoren, Aspiranten der Justiz oder Verwaltung, welche die erste juristische Prüfung bestanden haben, ausgeübt. Doch ist bei allen Geschäften der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Mitwirkung des Gerichtsschreibers da, wo nicht die Vorschriften der preußischen allgemeinen Gerichtsordnung noch theilweise gelten, nicht wesentlich und der Amtsrichter kann allein und ohne Zuziehung des Gerichtsschreibers gültig handeln und Protokolle aufnehmen, der Gerichtsschreiber kann es nicht ohne Mitwirkung des Richters. Hiernach erfolgen auch die Eintragungen in das Hypothekenbuch lediglich durch den Richter: doch kann auch der Richter den Actuar die Eintragungen vornehmen lassen und nur seine Namensunterschrift darunter setzen, während die Führung des bei der Einrichtung der hannoverschen Hypothekenbücher freilich

2) Die freiwillige Gerichtsbarkeit des Oberhofmarschallamtes (vgl. § 5 des Gerichtsverfassungsgesetzes u. Leonhardt a. a. O. S. 7), welche sich übrigens nicht auf Hypothekensachen erstreckte, ist jetzt ganz aufgehoben durch königl. Erlaß vom 2. Jan. 1867. Die Gerichtsbarkeit des Universitätsgerichts zu Göttingen erstreckt sich nicht mehr auf Hypothekenbuchführung. In Hypothekensachen haben die unter der Gerichtsbarkeit des Universitätsgerichts stehenden Personen ihren allgemeinen Gerichtsstand vor dem Amtsgericht Göttingen, § 10 a. E. des Pfandgesetzes. Die freiwillige Gerichtsbarkeit der Kirchspielsgerichte im Lande Hadeln besteht zur Zeit noch fort.

3) Das Pfandgesetz v. 1864 § 9 (vgl. Gesetz v. 21. Mai 1854 über die Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf dem Oberharze) ließ noch die Gerichtsbarkeit des früheren Berg- und Forstamts zu Clausthal in Beziehung auf Kuxe und Berggerechtigkeiten bestehen. Nach d Verordnung v. 8. Mai 1867, Einführung des allgemeinen preußischen Berggesetzes in Hannover betreffend, Art. XIX. ist auch diese besondere Gerichtsbarkeit aufgehoben und sind die Bergbücher an die ordentlichen Gerichte abgegeben.

sehr wichtigen alphabetischen Registers dem Actuar allein übertragen werden kann. [4])

Zuständig ist nach §§ 72. 7—11 des Gesetzes bei Special- und und Generalhypotheken, soweit letztere unbewegliche Sachen ergreifen sollen, das Gericht, in dessen Bezirke letztere belegen ist, in Beziehung auf fernere Eintragungen (Cessionen, Löschungen), welche eine bereits (gültig) eingetragene Hypothek betreffen, das Gericht, beziehungsweise der Richter, in dessen Hypothekenbuche die Hypothek eingetragen ist. Die letztere Bestimmung bezieht sich auf die älteren in dem früheren privilegirten Gerichtsstande eingetragenen Hypotheken. (Vgl. oben § 5. Anm. 1[a]). (Die Generalhypothek, soweit sie Mobilien ergreifen und das im § 65 des Gesetzes gedachte Vorzugsrecht gewähren soll, muß bei dem Gerichte eingetragen werden, bei welchem der Hypothekbesteller zur Zeit der Eintragung seinen allgemeinen Gerichtsstand, Wohnsitz oder gewöhnlichen Aufenthaltsort hat, beziehungsweise in dem Hypothekenbuche des betreffenden Bezirks.)

Gegen Verfügungen und Bescheide der Amtsgerichte kann die Beschwerde zur Hand genommen werden, welche nach der allgemeinen im § 458 der bürgerlichen Proceßordnung vom 8. November 1850 (in Kraft seit 1. October 1852) enthaltenen Vorschrift über die Beschwerdeführung in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit in Gemäßheit der §§ 453 ff. der bürgerlichen Proceßordnung über die Beschwerdeführung in Civilproceßsachen gestattet ist. Die Beschwerde ging nach § 9 des Zusatzgesetzes vom 31. März 1859 zum Gerichtsverfassungsgesetze an den kleinen (aus drei Richtern bestehenden) Senat des vorgesetzten Obergerichts,

---

4) Vgl. Ausführungsbekanntmachung § 45. Wie wenn der Amtsrichter seine Namensunterschrift beizufügen unterließe? Die Eintragung, welche lediglich der Actuar vorgenommen hätte, würde an sich ungültig sein. Dagegen würde m. E. die vom Amtsrichter mit Beifügung des Datums vorgenommene im Uebrigen vollständige aber nicht unterzeichnete Eintragung für gültig zu erachten sein. Denn das öffentliche Buch kann die Authenticität, sowie den Umstand genugsam verbürgen, daß wirklich eine Amtshandlung vorliegt. Auch die vom Actuar allein geschriebene Eintragung würde m. E. gültig sein, wenn der Richter in dem Hypothekeninstrumente die geschehene Eintragung vollständig bezeugte: denn es handelt sich wesentlich nur um eine besondere Art öffentlicher Beurkundung und unter Umständen kann allerdings das Referens sine relato beweisen. Vgl. Wetzell, System des Civilprocesses 2. Aufl. § 24. Anm. 94. Die entgegengesetzte Ansicht würde zu einem das materielle Recht schädigenden nutzlosen Formalismus führen.

jetzt nach dem Gesetze v. 5. Febr. 1869 (preuß. Gesetzsamml. 1869 S. 331) an den großen Senat dieses Gerichtes. Nach § 456 Abs. 3 der bürgerlichen Proceßordnung findet gegen die in der Beschwerdeinstanz abgegebene Entscheidung, insoweit dieselbe nicht selbstständig einen Grund zur Beschwerde darbietet, kein weiteres Rechtsmittel statt. In dem genannten Ausnahmsfalle eines weiteren Rechtszuges geht die Beschwerde an das jetzige Appellationsgericht zu Celle, und wird der betreffende Paragraph wohl dahin interpretirt werden müssen, daß überall eine weitere Beschwerde stattfindet, wo entweder das Obergericht die Verfügung des Amtsgerichts in einem dem Beschwerdeführer ungünstigen Sinne abgeändert [5]) oder überhaupt eine Entscheidung in der Sache selbst abzugeben sich geweigert hat. [6]) Mit derselben oben angegebenen Beschränkung gieng früher die Beschwerde in letzter Instanz an den Cassationssenat des Oberappellationsgerichts zu Celle [7]), jetzt nach Maßgabe der Verordnung vom 27. Juni 1867 (§ 2 I. 1) an das Oberappellationsgericht zu Berlin.

Die Beschwerde ist binnen einer Nothfrist von Einem Monate (vgl. über die Berechnung die Proceßordnung § 146) bei dem Gerichte anzubringen, welches die beschwerende Verfügung erließ, entweder mittelst schriftlicher Eingabe oder (bei Beschwerden gegen amtsgerichtliche Verfügungen) zu Protokoll. Das Gericht selbst kann der Beschwerde stattgeben und sendet entgegengesetzten Falles die Beschwerde mittelst Berichts an das vorgesetzte Gericht, welches ohne die Gegenpartei zu hören, jedoch nach Anhörung der Kronanwaltschaft, in nicht öffentlicher

---

5) Der Fall ist so zu denken. A. erachtet sich durch eine Handlung des Amtsgerichts beschwert und erzielt eine die Verfügung des Amtsgerichts aufhebende oder abändernde Entscheidung des Obergerichts. Hiergegen kann ein anderer Interessent die Beschwerde erheben. Vgl. die im N. Magazin für hannov. R. III. S. 87 IV. S. 252. VI. S. 179 ff. mitgetheilten Entscheidungen des (I. u. II. Senats) Oberappellationsgerichts zu Celle, welche sämmtlich auf die obigen beiden Grundsätze zurückzuführen sind, obwohl der erste Grundsatz nicht deutlich darin ausgesprochen ist. Es ist gewissermaßen der alte particularrechtlich oft vorkommende Grundsatz, daß Duae conformes die Entscheidung einem weiteren ordentlichen Rechtsmittel entziehen.

6) Vgl. die im N. Magaz. IV. S. 252 mitgetheilte Entscheidung.

7) § 15 III. des Gesetzes v. 31. März 1859.

Sitzung entscheidet und die Entscheidung in Form eines Rescripts dem Untergerichte übermittelt. 8)

Unzweifelhaft findet die Beschwerde statt, wenn das Gericht eine Eintragung verweigert 9) und nicht minder wenn das Gericht die Löschung einer Eintragung verweigert, welche aus dem Grunde beantragt wird, daß nachher diejenigen Thatsachen eingetreten seien, welche eine Wiederaufhebung des eingetragenen Rechtes bedingen; denn die Löschung aus dem letzteren Grunde ist juristisch nichts Anderes als ein positiver Eintrag, der nur die Wirksamkeit eines früheren Eintrags wieder aufhebt für die Zukunft, nicht aber besagt, daß die frühere Eintragung zu Unrecht geschehen sei, nicht gelte. In der That würde, wenn ein Untergericht hierin Fehler begienge, leicht Creditlosigkeit der betreffenden Personen herbeigeführt werden können. Anders steht es aber mit Löschungen aus dem Grunde, daß die frühere Eintragung mit Unrecht erfolgt sei. Die allgemeine Zulassung der Löschungen dieser Art würde gewissermaßen eine Proceßverhandlung in den Formen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ohne die Garantieen und ohne die formelle Wirksamkeit der ersteren werden. Das richtige Verfahren ist daher Verweisung des Antrags auf Löschung in den Rechtsweg und Einzeichnung, daß solches geschehen sei, in das Hypothekenbuch. Eine Ausnahme hiervon würde nur zuläßig sein, wenn die Eintragung unzweifelhaft unzuläßig war, da in diesem Falle die Verweisung in den Rechtsweg nur die Chicane schützen, den Credit aber schädigen würde. 10) Das hannoversche Recht kennt nun zwar die Eintragung derartiger Protestationen in das Hypothekenbuch nicht 11), vielmehr nur Vormerkungen behuf positiver Eintragungen (von Hypotheken). Erstere waren aber auch nicht erforderlich, da nach dem hannoverschen Gesetze spätere Einträge, welche auf einem früher zu Unrecht eingetragenen Rechte beruhen, keineswegs vermöge der Eintragung Gültig-

8) Gebühren werden nur gezahlt, wenn die Beschwerde verworfen wird.

9) Vgl. § 36. 3) des Gesetzes.

10) Vgl. auch die bei v. Rönne, Ergänzungen und Erläuterungen der preuß. allgemeinen Gerichts-, Hypotheken- und Depositalordnung. 4. Aufl. 1860. S. 726 zu §§ 241. 242 der Hypothekenordnung. Insoweit modificire ich meine früher im N. Magaz. f. hannov. R. 1864. S. 223 ff. dargelegte Ansicht.

11) Vgl. auch kön. sächs. bürgerl. Gesetzb. § 143.

keit für einen dritten gutgläubigen Erwerber erlangen, und daher dem Berechtigten nach hannoverschem Rechte schon ipso jure die Befugniß zur Anfechtung in dem Umfange zusteht, welche anderwärts durch die Protestation erst gesichert wird. Aus dem Mangel derartiger Bestimmungen über Protestationen kann daher auf eine andere Behandlung der Löschungen nicht geschlossen werden, um so weniger, da nach hannoverschem Rechte die Löschungen den materiell Berechtigten viel mehr gefährden, als unrichtige positive Einträge. Es ist daher auch ganz richtig, wenn § 33 des hannoverschen Gesetzes die Wiederherstellung eines gelöschten Eintrags auf eingelegte Beschwerde ohne besondere Beschränkung zuläßt.[12] Die Klage, welche der durch eine ungerechtfertigte Eintragung benachtheiligte Eigenthümer anzustellen hat, ist gemeinrechtlich die Negatoria actio. Die factische Schädigung seines Credits und beziehungsweise seiner Dispositionsbefugniß durch die Eintragung im öffentlichen Buche kann als genügende Turbation angesehen werden[13], m. E. selbst dann, wenn Derjenige, zu dessen Gunsten

---

12) Man könnte geneigt sein, aus mehreren Entscheidungen des Oberappellationsgerichts zu Celle darauf zu schließen, daß von diesem Gerichte allgemein und ohne jede Beschränkung auf unzweifelhafte Fälle die Zulässigkeit der Löschung aus dem Grunde der ursprünglichen Unrichtigkeit der Eintragung angenommen werde. Allein die Fälle rechtfertigen ihrer Besonderheit wegen keineswegs jene Ansicht, und ich kann, obwohl ich die Gründe der im N. Magazin für hannov. R. 1863. S. 254. 255 mitgetheilten Entscheidung für unzutreffend halte, doch der Entscheidung selbst im Resultate beitreten; denn das Beschwerdegericht mußte wenigstens feststellen, daß die Eintragung nicht zweifellos mit Unrecht erfolgt sei und der Satz, „daß in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur ein Antragsteller, der mit seinem Antrag in totum oder in tantum enthört worden ist, nicht aber ein Dritter das Recht der Beschwerde habe" ist in dieser Allgemeinheit falsch. In dem N. Magaz. 1865, S. 179 ff. berichteten Falle dagegen hatte der kleine Senat des vorgesetzten Obergerichts auf Grund einer (nach Ansicht des höchsten Gerichts) irrigen Interpretation des revidirten bremischen Ritterrechts eine Eintragung ohne jede Causae cognitio angeordnet, lediglich auf den mit Gründen nicht versehenen Antrag des bremischen Ritterschaftspräsidenten. Die Eintragung war daher (nach Ansicht des höchsten Gerichts) vorerst zweifellos ungerechtfertigt. Vgl. Bar a. a. O. Es handelte sich übrigens in den obigen Fällen nicht um Eintragung einer Hypothek, sondern der Stammgutsqualität des betreffenden Gutes.

13) Ist vom Oberappellationsgerichte in dem N. Magaz. 1865 (VI) S. 194 ff. mitgetheilten Falle in Ansehung der Eintragung der Erbstammgutsqualität in Uebereinstimmung mit der Entscheidung des Obergerichts zu Stade angenommen worden.

die Eintragung erfolgt ist, diese nicht selbst beantragt hat und nur mit der Löschung sich nicht einverstanden erklären will [14]), welche letztere allerdings dann auf Kosten des Eigenthümers erfolgen muß. — Würde ein Amtsgericht ohne Angabe von Rechtsgründen seine Thätigkeit weigern, so würde der Betheiligte nach § 457 der bürgerlichen Proceßordnung die Beschwerde wegen verzögerter oder verweigerter Justiz bei der Kronanwaltschaft des vorgesetzten Obergerichts einzureichen haben, welches letztere Gericht darüber entscheidet. —

Bei Competenzconflicten mehrerer Amtsgerichte findet nach § 73 des Gesetzes das im § 18 der bürgerlichen Proceßordnung vorgeschriebene Verfahren statt. Die Partei wendet sich mit einer Bittschrift an die Staatsanwaltschaft des den beiden Gerichten gemeinsam nächstvorgesetzten höheren Gerichts. Dieses entscheidet endgültig.

Ueber die Verantwortlichkeit des Hypothekenrichters enthält das hannoversche Gesetz keine Bestimmungen; es galt also in dieser Beziehung das gemeine Recht [15]), und gelten jetzt nach der Verordnung v. 23. Septbr. 1867 die Vorschriften der §§ 89 ff. des allgem. preuß. Landrechts. Daraus dürfte Folgendes sich geben.

1. Das hannoversche Gesetz verweist die Parteien in Ansehung der Verpfändungsbefugniß des Hypothekbestellers wesentlich auf eigene Vorsicht und Erkundigung. Das Hypothekenbuch kann darüber gar keine Sicherheit geben. Es kann also ein Regreßanspruch gegen den Beamten niemals darauf gegründet werden, daß im Hypothekenbuche Jemand als Eigenthümer oder Verpfändungsberechtigter unrichtig aufgeführt worden, es müßte denn dem Hypothekenrichter ein wirklicher Dolus zur Last gelegt werden können oder eine bestimmte einzelne Thatsache, welche, ihre Richtigkeit vorausgesetzt, das Eigenthum oder die Verpfändungsbefugniß des Hypothekbestellers bewirkt hätte, und über welche das Hypothekenbuch Auskunft geben soll, von ihm unrichtig im Hypothekenbuche bezeugt sein [16]), z. B. da wo die Auflassung, gilt die

---

14) Kann z. B. bei Eintragung der Fideicommißqualität vorkommen.

15) Vgl. auch Grefe II. S. 441.

16) Vgl. auch § 78 des Gesetzes: „An dem besonderen Rechte einzelner Rechte einzelner Orte, wonach die Eintragung einer Hypothek an unbeweglichen Sachen nur dann erfolgen darf, wenn der Verpfänder als Eigenthümer eingetragen ist, wird durch dieses Gesetz nichts geändert.“ Vgl. oben § 1. Anm. 6.

geschehene Auflassung [17]. Da, wo das System der Auflassung nicht gilt, können bloß unrichtige Angaben über den Besitzer eines Grundstücks — womit allerdings der Eigenthümer gemeint ist — nie eine Regreßverbindlichkeit (ausgenommen den Fall eines Dolus) begründen. Aus § 75 des Gesetzes:

„Rechtsgeschäfte, auf deren Grund die Eintragung einer Hypothek, die Cession einer hypothekarischen Forderung, einer Löschung oder einer der Hypothek nachtheiligen Aenderung ihres Ranges (§ 26) vorgenommen werden soll, müssen durch öffentliche oder doch mit öffentlich beglaubigter Unterschrift versehene Urkunden nachgewiesen werden.

Bei anderen Thatsachen, auf die es bei einer Eintragung in das Hypothekenbuch ankommt, genügen sonstige geeignete Beweise oder auch die Notorietät; doch muß in allen solchen Fällen aus den Hypothekenacten ersichtlich sein, aus welchem Grunde der Richter die in Betracht kommenden Thatsachen als wahr angenommen hat"

insbesondere aus Absatz 2 möchte auch sich kaum etwas Anderes folgern lassen. Die in Abs. 2 vorgeschriebene Causae cognitio ist so wenig bestimmter Art, daß sie die eigene Untersuchung der Betheiligten in keiner Weise ersetzen kann, und die Schlußbestimmung vermag hieran Nichts zu ändern; ähnlich wie die Entscheidungsgründe des richterlichen Urtheils ist sie nützlich für die Selbstcontrole des Richters, und eine zu große Leichtfertigkeit des letzteren, welche durch die Hypothekenacten nachgewiesen würde, könnte etwa zu disciplinarischen Rügen Anlaß geben. Das Princip, wonach die Parteien sich selbst zu erkundigen haben, wird dadurch nicht durchbrochen.

2. Anders steht es, insoweit der Richter von dem wahren Eigenthümer des Grundstücks in Anspruch genommen wird. Dies ist freilich, da die Eintragung dem Berechtigten hier nicht präjudicirt, nur aus dem Grunde möglich, daß der Credit des Eigenthümers geschmälert oder eine vortheilhafte Veräußerung verhindert wurde, weil im Hypothekenbuche ein Anderer als Besitzer oder unrichtiger Weise eine Beschränkung

---

17) Ebenso wenn der Richter ohne durch das Gesetz dazu verpflichtet zu sein, eine bestimmte Thatsache, wodurch der Erwerb des Eigenthums erfolgt sein würde, unrichtig im Hypothekenbuche bezeugt. Hier können die Betheiligten der publica fides des Beamten ohne Weiteres vertrauen.

der Veräußerungsbefugniß dort eingetragen war. Hier ist — unter der Voraussetzung, daß, was freilich oft nicht leicht sein wird, der Causalzusammenhang an sich nachgewiesen wird — der Richter verantwortlich, wenn er entweder:

a. die im § 75 Abs. 1 vorgeschriebenen freilich hier nur für die Eintragung einer Hypothek in Betracht kommenden formellen Vorschriften nicht beobachtet hat, oder

b. er die im zweiten Absatze des § 75 beziehungsweise im dritten Absatze des § 77 (über die Eintragung kraft des gesetzlichen Titels vgl. oben § 5 Anm. 11) vorgeschriebene Causae cognitio gar nicht angestellt oder bei der rechtlichen Beurtheilung der hier in Betracht kommenden Thatsachen grobe Fehler begangen hat. Theoretisch ließe sich freilich behaupten, daß der Richter hier bei Prüfung der Beweise auch Culpa zu prästiren habe und nach preuß. A. L. R. I, 10 § 89 haftet der Beamte für jedes Versehen. Allein da die Prüfung der Beweise hier lediglich in sein pflichtmäßiges Ermessen gestellt ist, so kann in Wahrheit hier ebensowenig von einer Verantwortlichkeit die Rede sein, als von der Verantwortlichkeit eines Geschwornen, der nach seiner freien Ueberzeugung stimmt. Uebergroße Peinlichkeit der Causae cognitio würde für den Verkehr sehr nachtheilig sein[18], und sehr richtig bestimmt auch die mecklenburgische revidirte Stadtbuchordnung § 52, daß der Magistrat (die Buchbehörde) niemals aus Veranlassung desjenigen verhaftet sei, was gesetzlich zu seiner rechtlichen Beurtheilung und zu seinem Ermessen steht, vielmehr solcherhalb nur dienstverantwortlich sei.[19] Anders steht es freilich mit der rechtlichen Beurtheilung feststehender Thatsachen. Hier ist gerade das Ermessen, soweit es nicht besonders gestattet ist, ausgeschlossen. Wenn das Gesetz sagt, daß Personen, die ein bestimmtes Alter noch nicht erreicht haben, handlungsunfähig seien, so ist damit von selbst

---

18) Diese wurden bekanntlich bei der bisherigen preußischen Gesetzgebung in Preußen schwer empfunden. Vgl. Mascher S. 793 ff.

19) Vgl. auch § 38 der mecklenb. rev. Hypothekenordnung für Landgüter und dazu Tschierpe, Erörterungen S. 226. Uebrigens werden die Hypothekenrichter, wenn auch ihre civilrechtliche Verantwortlichkeit nicht soweit reichen sollte, doch im Interesse ihres dienstlichen Ansehens vorsichtig verfahren. Eine mehr oder weniger zweifelhafte Klage wegen behaupteten Versehens ist an sich, wie Tschierpe S. 229 richtig bemerkt, stets für den Beamten ein unangenehmes Ding.

jede Eintragung in das Hypothekenbuch lediglich auf ihren Antrag untersagt. Insoweit jedoch die Interpretation oder Gültigkeit der betreffenden gesetzlichen Vorschrift oder die Anwendung der letzteren auf den fraglichen Fall irgend zweifelhaft sein kann, müssen wiederum die Grundsätze über die dem richterlichen Ermessen überlassenen Punkte zur Geltung kommen. —

Die gleichen Grundsätze werden auch Anwendung finden müssen, insoweit ein anderer Berechtigter als der Eigenthümer an Dispositionen über sein Recht durch unrichtige Einträge des Hypothekenbuchs factisch gehindert ist, z. B. der Gläubiger durch unrichtige Eintragung einer Cession.[20]

3. Durch ungerechtfertigte Löschungen (nach der oben § 5 a. E. dargelegten Ansicht aber nur von Hypotheken) kann ein wohlbegründetes Recht verloren gehen oder doch factisch unwirksam werden. Hier kann selbstverständlich nur unter besonderen Umständen — z. B. wenn der Berechtigte von der Löschung Kunde erhält und Nichts thut, um die Eintragung wiederherstellen zu lassen — davon die Rede sein, daß der Beschädigte durch eigene Aufmerksamkeit den Schaden von sich hätte abwenden können.[21] Daher haftet der löschende Hypothekenrichter für die Beobachtung der speciellen Vorschriften, unter welchen allein nach dem Gesetze eine Löschung erfolgen darf. Die Beobachtung dieser Vorschriften garantirt indeß noch keineswegs die materielle Rechtmäßigkeit eines der Hypothek nachtheiligen Eintrags, insbesondere einer Löschung, wie denn z. B. die Frage der Handlungsfähigkeit der in die Löschung oder Eintragung einer schlechteren Priorität Willigenden ganz außerhalb derselben liegt. Es muß also der Richter noch außerdem eine Causae cognitio vornehmen. Die Vorschriften des hier in Betracht kommenden oben mitgetheilten § 75, Abs. 2, sind jedoch so wenig bestimmt, daß eben nur bei nachgewiesenem Mangel aller und jeder Causae cognitio, also nur, wenn die Thatsachen, welche die Ungültigkeit des der Eintragung (Löschung) zum Grunde liegenden Geschäftes oder Willensactes bewirkten, offenkundige waren, oder bei Versehen in der rechtlichen Beur-

20) Der Fall wird freilich nach den Bestimmungen der §§ 75. 79 des Gesetzes (vgl. unten) kaum anders vorkommen, als wenn der Richter sich über die Dispositionsfähigkeit oder Befugniß des Cedenten (z. B. in Erbschaftsfällen) getäuscht hat.

21) Die Beweislast trifft daher auch den Hypothekenrichter.

theilung der actenmäßig (in den Hypothekenacten) feststehenden oder notorischen Thatsachen eine Verantwortlichkeit anzunehmen ist.

Eine besondere Beachtung verdient es, daß die Eintragung einer Cession den Richter ebenso verantwortlich machen kann, wie eine Löschung. Denn wenngleich die Eintragung der Cession nicht unbedingt, nicht ohne Rücksicht auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts selbst die Geltendmachung des hypothekarischen Rechts überträgt — selbst nicht an einen dritten gutgläubigen Erwerber — so wird doch der Richter, welcher die Löschung vornimmt, die eingetragene Cession als rechtsgültig geschehen betrachten und auf Grund derselben die Löschung eintretenden Falles für gerechtfertigt erachten dürfen. Lag dann der Grund, daß die Löschung unrechtmäßig geschah, in der ungültigen Cession, so trifft den Richter, welcher die Cession eintrug (beziehungsweise beurkundete) zunächst die Verantwortlichkeit. Der Richter, welcher eine Cession einträgt, muß es also mit der Vorprüfung vorsichtiger Weise ebenso strenge nehmen, wie derjenige, der eine Hypothek löscht.

4. Demjenigen, der einen ordnungsmäßigen Antrag auf Eintrag gestellt hat, haftet der Hypothekenrichter für die dem Gesetze entsprechende formell rechtsgültige dem Antrage entsprechende Eintragung, wobei er insbesondere auch seine Zuständigkeit zu prüfen hat, und ebenso haftet er auch für die Richtigkeit der aus dem Hypothekenbuche entnommenen beglaubigten Auszüge, wobei indeß zu bemerken ist, daß der Richter die Hypothekenfreiheit eines Grundstücks kaum jemals da wird bezeugen können, wo das gemeine hannoversche Hypothekenrecht und nicht etwa die gerichtliche Auflassung neben Ausschließung der Generalhypothek oder überhaupt die Vorschrift des § 78 des Gesetzes (vgl. oben Anm. 16) gilt.[22]) Kommen bei der Ausstellung von Hypotheken-

22) Es ist im Text nur die Frage erörtert, welche objectiven Unrichtigkeiten und Versehen den Richter verantwortlich machen können. Die lediglich gemeinrechtliche, hier in Betracht kommende Streitfrage, ob der Richter nur wegen grober Fahrlässigkeit oder auch wegen Culpa levis verantwortlich sei (vgl. z. B. Arndts Pandekten § 338. Windscheid, Pandekten II, 2, § 470), mußte hier unerörtert bleiben. Bemerkt mag nur werden, daß diese letztere Frage, insoweit es sich um formell richtige Eintragung in Gemäßheit der Anträge des Betheiligten handelt, praktisch kaum von Interesse ist. Die formelle Natur der hier in Betracht kommenden stricten, aber leicht zu beobachtenden Vorschriften wird fast jedes Versehen als ein nicht leichtes erscheinen lassen. Das königl. sächs. bürgerl. Gesetzbuch v. 1863, § 1506

extracten Unrichtigkeiten vor, so wird der auf Schadenersatz belangte Richter sich übrigens nicht darauf berufen können, daß es den Betheiligten frei gestanden hätte, die Bücher selbst einzusehen. Die Betheiligten müssen sich hier auf die Kenntniß und Kunde des Richters um so mehr verlassen dürfen, als es nicht Jedermanns Sache sein kann, sich in einem Hypothekenbuche zurechtzufinden. Würde aber Jemand eine Bescheinigung verlangen, welche über Dasjenige hinausgeht, was man ohne weitläufige Untersuchungen — z. B. über die Wirksamkeit älterer Generalhypotheken — aus einem hannoverschen Hypothekenbuche ersehen kann, so würde allerdings der Richter die Betheiligten auf eigene Einsichtnahme der Bücher verweisen können.[23])

5. Selbstverständlich ist endlich auch, daß die Hypothekenrichter für Unterlassungen und unentschuldbare Verzögerungen haften. Da das Gesetz den Erwerb und die Sicherstellung von Rechten in so vielfacher Beziehung von der Thätigkeit des Hypothekenrichters abhängig macht und dem Publicum hierbei kein anderes Mittel, als eben der Eintrag im Hypothekenbuch zu Gebote steht, so muß der Richter der rechtzeitigen Erledigung der Hypothekensachen besondere Fürsorge und Aufmerksamkeit widmen. Ob dies im einzelnen Falle genügend geschehen sei, kann freilich nicht nach allgemeinen Regeln entschieden werden.

6. Auch für die sichere Aufbewahrung des Hypothekenbuchs wird der Hypothekenrichter als haftbar zu betrachten sein, jedoch nur insoweit als die vom Staate thatsächlich zur Sicherung der Bücher getroffenen Einrichtungen ermöglichen, und, da in Hannover der Hypothekenbuchführer keine besondere Behörde bildet, vielmehr die Bücher einen Theil der Registratur der Amtsgerichte ausmachen, auch nur insoweit ihm, wenn mehrere Amtsrichter vorhanden sind, die Aufsicht und Sorge in dieser Beziehung obliegt.

Auch hinsichtlich der Frage, ob die Klage gegen den schuldigen Beamten nur subsidiarisch, wenn von einem anderen durch die betreffende

---

läßt den Beamten auch bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur für grobe Fahrlässigkeit und Absicht haften. Die ältere hannoversche Praxis scheint freilich nur culpa levis für die Haftpflicht des Beamten gefordert, aber culpa levissima nicht für hinreichend gehalten zu haben. Bülow u. Hagemann. Erörterungen III, S. 41.

23) Vgl. auch das bei Tschierpe, S. 233. 234 mitgetheilte schwerinsche Rescript.

Amtshandlung Ersatz nicht zu erlangen ist, oder sofort ohne Rücksicht auf diesen Umstand angestellt werden könne, kommen lediglich die gemeinrechtlichen, freilich sehr bestrittenen Grundsätze zur Anwendung.[23a] Ich würde nicht anstehen, die Frage zu bejahen. Die Meinung[24]), welche den Richter, abgesehen von dem Falle eines Dolus, principaliter will haften lassen, übersieht, daß es sich hier nicht um äußere, physische Beschädigung, sondern um einen durch die Rechtsordnung selbst herbeigeführten, nur durch den Zusammenhang der Rechtsnormen wahrnehmbaren (idealen) Schaden handelt, der gar nicht vorhanden ist, soweit die Rechtsordnung selbst dem anscheinend Beschädigten parate Mittel in die Hand giebt, Dasjenige wieder sein nennen zu können, was ihm früher die Rechtsordnung zuschrieb, oder ein Aequivalent dafür. Neuere Gesetze statuiren daher mit Recht nur eine subsidiarische Haftung der Hypothekenbuchführer[24a]), und der Verkehr fährt gut dabei.[25]) Ebenso fällt m. E. außer dem Falle des Dolus jeder Anspruch auf Entschädigung weg, insoweit die Beschädigten selbst den Schaden von sich abwenden konnten durch Anwendung gewöhnlicher Sorgfalt, wozu insbesondere auch die Zurhandnahme von Rechtsmitteln (Beschwerden) zu rechnen ist.[26]) Nach preuß. A. L. R. I, 10 § 91 ist die Subsidiarität der Haftung unzweifelhaft.

Dagegen wird der Richter, wenngleich er der Hülfe des Actuars bei Eintragungen sich bedienen kann, soviel diese anlangt, auch für

---

23a) Vgl. bezüglich der verschiedenen Beantwortung dieser Frage, Windscheid, a. a. O.

24) So namentlich Windscheid a. a. O.

24a) Vgl. mecklenb. rev. Hypothekenordnung § 38, mecklenburg. rev. Stadtbuchordn. § 52, 2). Preuß. Entw. eines Gesetzes über d. Eigenthumserwerb v. 1869. § 76 (nach den Beschlüssen des Abgeordnetenhauses § 67), Heyne, Comment. II, S. 32.

25) Eine ausführlichere Begründung kann hier selbstverständlich nicht gegeben werden. Vgl. auch für die obige Ansicht und über die gehässige Unbilligkeit einer sofort gegen den Beamten sich richtenden Klage Mascher, S. 795.

26) Vgl. auch die ausdrücklichen Bestimmungen der Anm. 24a angeführten mecklenb. Gesetze Gönner, Comment. II. S. 29 (der jedoch diese Beschränkung praktisch zu sehr urgirt), Heyne a. a. O. sächs. Gesetzb. § 1506. Dieser Anspruch fällt weg, wenn der Verletzte Rechtsmittel nicht gebraucht hat, durch welche er die ihm Schaden bringende richterliche Handlung hätte abwenden können. Auch hier ist z. B. Windscheid a. a. O. anderer Meinung. Die ausführlichere Begründung meiner Ansicht behalte ich mir anderweit vor.

Versehen als verantwortlich zu betrachten sein, die indirect durch den Actuar veranlaßt sind.[27]) Anders steht es hinsichtlich der Sorge für die Aufbewahrung der Bücher, soweit dieselbe dem Actuar zunächst anvertraut ist[28]), oder wenn der Actuar Abschriften von Hypothekenfolien beglaubigt.[29])

Die Frage der Haftbarkeit der einzelnen Mitglieder eines Collegiums bedarf hinsichtlich der Hypothekenrichter für Hannover keiner Untersuchung, da die Hypothekenrichter in Hannover Einzelrichter sind und nur in der Beschwerdeinstanz die Entscheidung eines Collegiums eintritt.

Die subsidiarische Haftungspflicht des Staats, über welche in Hannover gleichfalls eine besondere gesetzliche Bestimmung nicht besteht, scheint in der Praxis des höchsten Landesgerichts bei Verschuldungen der Beamten überhaupt auf Grund allgemeiner Rechtsdeductionen stets verneint zu sein, sogar in Ansehung unterschlagener Depositalgelder[30]), in welchem Falle doch ein Vertragsverhältniß eingreift. Um so weniger wird die Behauptung dieser Haftpflicht, welche freilich z. B. in den mecklenburgischen Gesetzen sich findet und auch vom preußischen Abgeordnetenhause für das Gebiet des neuen projectirten Hypothekengesetzes jetzt beantragt ist, für Versehen des Hypothekenrichters nach der bisherigen hannoverschen, freilich auf keine particulare Bestimmung sich stützenden Praxis Aussicht auf Erfolg haben.

---

27) Vgl. auch Heyne II. S. 38. Insoweit würde ein etwaiger Dolus des Actuars keinen Unterschied machen. — Dem Richter bleibt selbstverständlich der Regreß gegen den nachlässigen Actuar.

28) Hier haftet der Richter unter Umständen nur insoweit ihn bei Beaufsichtigung des Actuars in dessen Amtsführung ein Verschulden trifft.

29) Vgl. § 27, 3) der Bekanntmachung des Justizministeriums v. 8. April 1859, betr. die Ausführung der Gesetze v. 8. Nov. 1850 u. 31. März 1859 (Leonhardt, Justizgesetzgebung, 3. Aufl. I. S. 76) „. . es wird den Actuaren jedoch gestattet, nicht auszugsweise Abschriften aus den eigenen Acten und Geschäftsbüchern des Gerichts unter Benutzung des Gerichtssiegels zu beglaubigen."

30) Vgl. Grefe a. a. O. und besonders die im Magaz. f. hannov. R. II. (1852) S. 346 mitgetheilte Entscheidung v. 1. Jan. 1845, ferner Entscheidung vom 16. Juli 1856 (I. Senat) in den Tribunalsentscheidungen (III. S. 56). — Zwei ältere hannoversche Regiminalrescripte v. 1823 u. 1827 (vgl. Grefe a. a. O.), die indeß Gesetzeskraft nicht haben, sprechen sich gegen jede Haftpflicht des Staates für Handlungen seiner Beamten aus.

# II. Entstehung der Hypothek.

## A. Voraussetzungen der Entstehung.

### 1. Objective Voraussetzungen (Gegenstände der Hypothek).

### § 7.

Als mögliche Gegenstände der Hypothek bezeichnet § 2 des Gesetzes — abgesehen von der bereits oben § 3 erörterten Generalhypothek, insoweit solche das gesammte Vermögen mitbegreift, indeß in dieser Beziehung wesentlich nur als Vorzugsrecht im Concurse anzusehen ist — lediglich unbewegliche Sachen. Als solche gelten:

1) Grundstücke.

2) Berechtigungen an Grundstücken mit Ausnahme der Personaldienstbarkeiten und der von dem berechtigten Grundstücke nicht trennbaren Berechtigungen.

3) Seeschiffe und solche Flußschiffe, die eine Tragfähigkeit von fünf Lasten (zu 4000 Pfund) oder mehr haben.

Zu den Grundstücken im Sinne des Gesetzes müssen nach § 37 daselbst [1]) auch gerechnet werden diejenigen Berechtigungen an Grundstücken, welche ein s. g. nutzbares Eigenthum (Untereigenthum) im Sinne des deutschen Rechts darstellen. So wird z. B. das Recht des Meiers an dem noch im meierrechtlichen Verbande stehenden Gute nicht als Berechtigung an einem Grundstücke, sondern als das letztere selbst im Hypothekenbuche eingetragen, wie dies auch der Anschauung des heutigen Verkehrs und nicht minder, seit der Möglichkeit einseitiger Ablösung der Meierpflichtigkeit der richtigen juristischen Auffassung der hier in Betracht kommenden Verhältnisse entsprechen dürfte. Im Resultate kommt es freilich bezüglich der Möglichkeit, Gegenstand der Hypothek zu sein, auf Dasselbe hinaus, ob die Verpfändung bei derartigen Berechtigungen als Verpfändung des Grundstücks selbst oder als Verpfändung des Rechts an dem Grundstücke aufgefaßt wird, da im letzteren Falle jedenfalls die Nr. 2 des § 2 Platz greifen würde. [1a])

---

1) Vgl. unten.

1a) Uebrigens ist, da die Untheilbarkeit eines Grundstücks oder die Pertinenzqualität eines Grundstücks zu einem untheilbaren Gute nicht aus dem Hypotheken-

Zu den Berechtigungen an Grundstücken wird außer der Emphyteuse und der Superficies [2]) nach § 37 das s. g. Obereigenthum (z. B. auch des Lehnsherrn) zu rechnen sein, obgleich factisch hier heut zu Tage von einer Pfandbestellung kaum mehr Gebrauch gemacht werden mag, es gehört dahin z. B. aber auch das s. g. Bergwerkseigenthum [3]), Bannrechte, welche auf einen bestimmten Bezirk sich erstrecken, insoweit sie nicht als Pertinenzen eines Grundstücks erscheinen. [3a])

Zu den Personalservituten wird im Sinne des Gesetzes übrigens auch die Leibzucht (Altentheil) [4]) gehören wenngleich sie über den Kreis der eigentlichen Servitut im Sinne des römischen Rechts hinausgeht. Außerdem konnte ja schon nach gemeinem Rechte von der Möglichkeit der Verpfändung dieser Berechtigungen nicht die Rede sein. Die Forderung der einzelnen fällig werdenden Leistungen konnte freilich nach gemeinem Recht verpfändet werden; dies ist aber, insofern nicht etwa über die einzelnen fällig werdenden Leistungen ein besonderes Schulddocument errichtet worden wäre, nach §§ 1. 42. 50 des hannoverschen Gesetzes, welches nur Hypothek und Faustpfand, nicht aber andere Pfandrechte noch anerkennt, ausgeschlossen. [5])

Oeffentliche Eisenbahnen sind nach der richtigen Ansicht nicht Gegenstand des Privateigenthums. Der Unternehmer aber hat daran ein dingliches Recht, und dieses läßt allerdings sich verpfänden. Eine solche Verpfändung liegt an sich noch nicht in der Emission von

---

buche in jedem Falle erhellt, nicht jedes Grundstück, welches factisch ein Folium im Hypothekenbuche erhalten hat (vgl. oben § 5. Anm. 5) auch wirklich ein Gegenstand wirksamer Hypothekbestellung.

2) Vgl. auch Förster, preuß. Privatr. III. § 192. Anm. 64. (3. Aufl.)

3) Vgl. § 9 des Gesetzes und oben § 6, Anm. 3.

3a) Vergl. übrigens über die künftige Aufhebung der meisten Bannrechte norddeutsche Gewerbeordnung v. 21. Juni 1869 §§ 7, 8.

4) In Preußen hält man die Hypothekbestellung am Altentheil für zulässig. Förster § 192. Anm. 75.

5) Auch zu errichtende Servituten (vgl. über die gemeinrechtliche, sehr zweifelhafte Lehre, Dernburg, I. S. 487 ff. Göppert, Arch. f. d. civil. Praxis. Bd. 49. S. 289 ff.) sind nach hannoverschem Rechte nicht mehr Gegenstand des Pfandrechts. Desgleichen nicht das Autorrecht (vgl. Dernburg I. S. 505) oder das Recht aus Erfindungspatenten, abgesehen selbstverständlich von den daraus etwa entstandenen speciellen Forderungen.

Prioritätsactien, da die Befriedigung der letzteren vor den Stammactien schon daraus folgt, daß die Inhaber der Prioritätsactien nicht Theilhaber, sondern Gläubiger des Unternehmens sind. Es läßt sich aber freilich eine Verbindung der Hypothek mit der Prioritätsobligation denken. Die Möglichkeit einer solchen Hypothek wird nach preußischem Rechte geleugnet von Förster[6]; nach hannoverschem Rechte würde ich sie — abgesehen auch von der hier durchaus keine Schwierigkeit machenden hannoverschen Generalhypothek, welche jedenfalls ein Vorzugsrecht vor den übrigen Gläubigern begründet — indeß bejahen. Die Schwierigkeit besteht, insoweit es sich um eine Hypothek an Immobilien handelt, nur in der Untheilbarkeit des Eisenbahnrechts, welche eine stückweise Veräußerung des Eisenbahnkörpers, soweit die Eisenbahngerechtigkeit auf staatlicher Concessionirung ruht[7], nicht gestattet. Indeß wird hier nach hannoverschem Rechte nach Analogie des § 7 (vgl. oben § 5. Anm. 5) angenommen werden können, daß die Hypothekbestellung am Sitze der Gesellschaft mit Gültigkeit für die gesammte Bahn erfolge. Insoweit freilich einzelne Grundstücke ohne Störung des Betriebes abgetrennt werden könnten, würde eine Eintragung in foro rei sitae erforderlich sein.[8]

Die in Nr. 3 des § 2 des Gesetzes bezeichneten Schiffe sind übrigens erst dann Gegenstand der Hypothek, wenn sie in das Schiffsregister eingetragen sind (§ 11 des Gesetzes, Art. 434. 435 des Handelsgesetzbuchs). Bis dahin sind sie nur Gegenstand des Faustpfandes.

### 2. Subjective Erfordernisse der Hypothekbestellung.

#### a. In der Person des Gläubigers. (Pfandforderung.)

#### § 8.

Nach dem hannoverschen Gesetze ist die Hypothek unzweifelhaft

---

6) a. a. O. § 192. Anm. 83.

7) Es ließe sich der Fall denken, daß ein Grundbesitzer eine Bahn lediglich auf seinem Territorium baut und gar nicht die Rechte und Pflichten der öffentlich privilegirten Eisenbahnen beansprucht hat. In diesem Falle würde es sich lediglich um die gewöhnliche Verpfändung von Grundstücken handeln.

8) Ein Beispiel der Eintragung der Generalhypothek an dem Vermögen einer Actiengesellschaft und einer Specialhypothek auch an einer der Gesellschaft gehörenden Eisenbahn in Hannover siehe in der preuß. Gesetzsammlung 1870. S. 56. 57. Die Hypothek ist bei zwei Amtsgerichten eingetragen, was der Vorsicht wegen ja auch geschehen kann.

ein Accessorium der Forderung, zu deren Sicherstellung sie dient. Die Theorie des selbständigen Realrechtes, dessen juristische Construction trotz aller in neuerer Zeit gemachten Versuche übrigens vielleicht fehlschlagen muß [1]), hat in dem hannoverschen Gesetze, welches nicht einmal den dritten gutgläubigen Erwerber gegen Einreden aus der ursprünglichen Schuldforderung schützt, keinen Anhaltspunkt. Es gilt vielmehr wie im gemeinen Rechte der Satz, daß alle und jede Voraussetzungen der Forderung auch Voraussetzungen der Hypothek sind. Die Hypothek ist daher auch nicht eher entstanden, als nicht eine Forderung, deren Accessorium es bildet, existent geworden ist.

Gleichwohl enthält das Gesetz folgende im Interesse des Credits hier nothwendige Normen, die vielleicht als Annäherungen an das moderne Princip der Publicität aufgefaßt werden könnten:

§ 24: „Das Alter einer Hypothek bestimmt sich, ohne Rücksicht auf die Zeit der Entstehung der Forderung, durch die Zeit der Eintragung . . .“

§ 28: „Wenn eine Hypothek, welche wegen mangelnder Verpfändungsbefugniß des Bestellers nicht zu Recht bestand, später gültig wird, so bedarf es einer wiederholten Eintragung derselben nicht und es entscheidet die Zeit der ursprünglichen Eintragung auch über das Alter der Hypothek, unbeschadet jedoch der Rechte derjenigen, die vor dem Gültigwerden der Hypothek ein dingliches Recht an dem Gegenstande derselben erworben haben.“

Die Hypothek datirt nach gemeinem Rechte regelmäßig erst von dem Augenblick der Entstehung der Forderung, und wenn auch letztere bei bedingter Forderung zurückbezogen wird auf den Augenblick des Contractsabschlusses, so nimmt man doch an, daß Hypotheken für die aus künftig abzuschließenden oder zu führenden Geschäften entstehenden Forderungen, sobald kein Theil verpflichtet ist, solche Geschäfte mit dem anderen Contrahenten abzuschließen oder zu führen, erst von dem Augenblicke des Abschlusses der einzelnen Geschäfte datiren.[2]) Indeß

---

1) Vgl. die Motive des neuesten preußischen Entwurfs von 1869. S. 48 ff. (der Octavausgabe) u. Bremer, Hypothek u. Grundschuld, besonders S. 88 ff.

2) Unter der Herrschaft des früheren Gesetzes von 1828 erkannte der I. Civilsenat des höchsten Landesgerichts (28. Oct. 1858) „daß eine für zukünftige Forderungen bestellte Hypothek vom Tage der Bestellung datire, ist nach richtiger Aus-

ist auch nach gemeinem Rechte dieser Satz der richtigen Ansicht nach nur eine geschäftliche Präsumtion: es kann Jemand, wie einige in den Pandekten entschiedene Rechtsfälle darthun, allerdings für eine künftige noch vollkommen ungewisse Forderung ein vom gegenwärtigen Augenblicke datirendes Pfandrecht bestellen, und kommt es, wenn er nicht ausdrücklich sich erklärt, lediglich auf eine Interpretation seines Willens an.[3]) Der Verzeichnung der Hypotheken in öffentliche, von jedem Betheiligten einzusehende Bücher entspricht es nun, die Präsumtion des römischen Rechts umzudrehen. Die schon jetzt erfolgende Einzeichnung einer Hypothek für die aus einem bloß künftig möglichen[4]) Rechtsgeschäfte resultirende Forderung würde keinen Sinn haben, wenn nicht das Pfandrecht nicht schon von jetzt datiren, ihm der Vorzug vor anderen später eingetragenen gesichert werden sollte. Der formale Act, an den jetzt die Entstehung des Pfandrechts geknüpft ist, kann nicht präsumtiv als zur Zeit noch bedeutungslos betrachtet werden, wie die formlose Pfandbestellung des römischen Rechts. Da Derjenige, der später eine Hypothek an dem Pfandobjecte erwerben will, aus dem öffentlichen Buche den Augenblick der Entstehung der Forderung nicht ersehen kann — und sie kann ja auch schon vor der Eintragung entstanden sein — so würde die Datirung der Hypothek erst von dem Tage der Entstehung den Credit des Hypothekbestellers hinsichtlich späterer Eintragungen ebenso schmälern wie die Datirung der Hypothek vom Augenblick der Eintragung, den Werth der Eintragung aber vielleicht auf Null reduciren.

Auch die Bestimmung des Gesetzes über den Rang convalescirender Pfandrechte ist bekanntlich schon für das gemeine Recht die früher herrschende bereits von Azo vertheidigte Ansicht gewesen und erfreut sich

---

legung der Gesetze alsdann anzunehmen, wenn nur einer der Theilhaber des obligatorischen Verhältnisses, auf welches die bestellte Hypothek sich bezieht, schon zur Zeit der Bestellung gebunden war. Dies Gebundensein ist dann nicht zu bezweifeln, wenn . . . der Gläubiger sich contractlich verpflichtet hatte, dem Gemeinschuldner bis dahin, daß eine Kündigung die Aufhebung des Contracts erwirkt haben werde, bis zur festgesetzten Summe Credit zu gewähren.“ Entscheidungen des Tribunals IV. S. 42.

3) Vgl. Dernburg I. S. 520 ff. Windscheid § 242, 3).

4) So drückt die Sache scharf aus Regelsberger, zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte. 1858. S. 36.

jetzt wiederum, nachdem sie eine Zeit lang in der Theorie wenigstens in den Hintergrund gedrängt worden, des Beifalls der namhaftesten Schriftsteller.[5] Wo die Hypotheken in öffentliche Bücher verzeichnet werden, läßt sich für diesen der Billigkeit entsprechenden Satz außerdem noch anführen, daß die Reihenfolge der Eintragung dem natürlichen Gefühle schon die Reihenfolge der Befriedigung darstellen muß.[6]

Es ist also nicht nöthig, diese Sätze aus der Theorie eines Real- oder Werthrechts am Grundstücke abzuleiten, und man kann gleichwohl, wie sogleich ausgeführt werden soll, zu dem für den Credit wichtigen Satze gelangen, daß auch nach hannoverschem Rechte es dem Grundbesitzer möglich ist, einen Platz für später einzutragende Hypotheken mit besserer Priorität vorzubehalten.

Wenn es möglich ist, für eine Reihe nur in Zukunft möglicher mit einem Gläubiger zu contrahirender Schulden, die Priorität in der Eintragung der s. g. Credithypothek vorzubehalten, so läßt sich nicht einsehen, warum dies nicht auch hinsichtlich der mit mehreren oder allen möglichen Gläubigern bis zu einem bestimmten Betrage zu contrahirenden Schulden möglich sein sollte. Es setzt dies auch gar keinen Vertrag mit diesen noch unbestimmten Gläubigern voraus, sondern einfach einen Vertrag der schon wirklich existirenden Gläubiger mit dem Hypothekbesteller, vermöge dessen sie auf ihre Priorität in gewissem Umfange bedingungsweise verzichten. Nicht der mindeste Grund ist erfindlich, warum ein solcher Verzicht nicht mit dinglicher Wirksamkeit gültig sein sollte, selbst nach der strengsten Theorie des römischen Rechts.[7] Daß

---

5) Regelsberger S. 68 ff. Dernburg I. S. 246 ff. Arndts, Pandekten § 384. Anm. 8. Windscheid I. § 242. Anm. 10. Urtheil des II. Senats des O. A. G. Celle v. 13. Decbr. 1855. Tribunalsentscheidungen I. Nr. 63.

6) Die Convalescenz der Hypothek wird unten noch in einem andern Zusammenhange erörtert werden vgl. S. 70.

7) Die gewöhnliche Ansicht, nach welcher gemeinrechtlich es unmöglich sei, einem später zu begründenden Pfandrechte die Priorität vorzubehalten (vgl. dafür namentlich Dernburg II. S. 414. 415) ist gut widerlegt von Bremer, Hypothek S. 34 ff. besonders S. 41 ff. Der Satz »Pignoris causa indivisa est« besagt nur, daß das (ganze) Pfandobject hafte bis zur gänzlichen Tilgung der Schuld, solange noch ein Rest der letzteren vorhanden ist; auf den Vorzug der Pfandrechte bezieht er sich gar nicht. Man kann die Sache aber, wie der Text zeigt, noch einfacher construiren, als von Bremer geschieht, und braucht nicht eine Verpfändung nur zu einer „Werthsquote" anzunehmen, eine immerhin nicht unbedenkliche Theorie nach römischem

er in dieser allgemeinen Weise factisch im römischen Rechte nicht nachweisbar ist, erklärt sich einfach daraus, daß bei dem Mangel öffentlicher Bücher die Werthsquoten der Pfandobjecte dem Gläubiger wie dem Pfandbesteller nicht in gleichem Maaße wie heut zu Tage zur Anschauung gebracht wurden, und zugleich daraus, daß eine Stabilität der Hypotheken, wie wir sie heut zu Tage kennen, gleichfalls bei dem Mangel an öffentlichen Büchern unmöglich war und die Hypothek immer factisch zum großen Theil auch Sache des persönlichen Credits sein mußte.[8] Es kommt hinzu, daß die Möglichkeit gesetzlicher und selbst privilegirter Hypotheken, wie der Umstand, daß nicht sämmtliche nachstehende Gläubiger das fragliche Pactum zu schließen veranlaßt wurden, wie es bei der Einsicht des öffentlichen Buches geschehen muß, einerseits Unsicherheiten und anderseits Complicationen bei jener Reservation hätte bewirken müssen, welche bei uns sämmtlich wegfallen. Unmittelbar aber aus der hier gegebenen Begründung folgt, daß, wenn der Eigenthümer die Hypothek mit besserer Priorität nicht an der vorbehaltenen Stelle hat eintragen lassen, die

---

Rechte, insofern daraus selbst ein Vorzug des Eigenthümers vor dem Pfandgläubiger gefolgert wird. Man wird aber zugeben, daß die Bedenken Dernburg's:

> „Die Pfandrechtspriorität ist kein selbstständiges Recht, über welches der Berechtigte unabhängig vom Pfandrechte disponiren kann; es ist vielmehr eine Qualität, welche unter bestimmten rechtlichen Voraussetzungen dem Pfandrechte nothwendig anhaftet. Das Verhältniß mehrerer Pfandrechte ist nicht, wie dies bei den Servitutverhältnissen der Fall ist, so zu denken, daß jedes auf eine besondere, für sich bestehende Stelle verwiesen ist, so daß etwa eine vorgehende Stelle frei bleiben kann. Jedes Pfandrecht ergreift vielmehr die ganze Sache. Es kann ein leerer Raum durch Privatbestimmung, weil dies dem Wesen des Pfandrechts entgegenstehen würde, nicht begründet werden"

die im Text gegebene Begründung nicht treffen. Ein „leerer Raum", wenn wir auf dies Bild eingehen wollen, existirt nach unserer Ansicht gar nicht. So lange das vorgehende Pfandrecht nicht begründet ist, ist der Pfandgläubiger, dem zuerst mit schlechterer Priorität die Sache verpfändet wird, ebenso berechtigt, als wäre eine bessere Priorität einem Anderen gar nicht vorbehalten. Wenn derartige Vorbehalte nur obligatorische, nicht dingliche Wirksamkeit haben sollten, wie Dernburg seine Argumentation schließt, so müßte jede besondere Bestimmung über die Priorität durch Vertrag unmittelbar bei der Pfandbestellung (wovon die spätere Uebertragung der Priorität wohl zu unterscheiden ist Dernburg II. S. 475) eben auch nur jene obligatorische Wirksamkeit äußern.

8) Man mußte ja auch dem Verpfänder hinsichtlich seiner Angaben über Verpfändungsbefugniß und Nichtexistenz vorgehender Pfandrechte trauen.

nachstehenden Pfandgläubiger den gesammten Ertrag des Pfandobjects bis zu ihrer Befriedigung verwenden können, der Betrag, bis zu welchem eine bessere Hypothek hätte eingetragen werden können, aber nicht wirklich eingetragen worden ist, im Concurse der Specialmasse verbleibt, nicht zur allgemeinen Masse gezogen werden darf — während die moderne Theorie der Realobligation hier in arge Verlegenheiten geräth.[9] Freilich ist das Aufrücken der Gläubiger nach hannoverschem Rechte ein Naturale der Hypothek; das Entgegengesetzte müßte der Hypothekbesteller sich immer erst ausbedingen und solche besondere Beredungen haben in der praktischen Geschäftswelt ihre Schwierigkeiten.

---

9) Vgl. über die Hypothek des Eigenthümers nach preußischem Rechte Förster, Privatr. III. § 200. Hier kommt freilich die moderne Theorie des Realrechts noch nicht vor. Aber die besondere Bestimmung des Anh. § 52 zu A. L. R. I. 16. § 284 „Hypothekenrechte werden nicht durch die bloße Vereinigung ihres Eigenthums mit dem Eigenthümer (Eigenthum) des verpflichteten Grundstücks in einer Person aufgehoben, so lange nicht eine von dem Antrage des Besitzers abhängende Löschung erfolgt ist, und kann der Besitzer bis dahin ein solches ungelöschtes Hypothekenrecht gültig an einen Andern abtreten" hat doch trotz der im allgem. Landr. festgehaltenen accessorischen Eigenschaft der Hypothek den hauptsächlichsten Anlaß zur Verbreitung der Theorie der s. g. Realobligation gegeben. Die Begebung von nicht gelöschten, aber bezahlten älteren Hypothekenposten durch den Eigenthümer des Grundstücks ist nichts Anderes und kann nichts Anderes sein als eine Neuconstituirung einer Hypothek (vgl. darüber die betr. Erörterung von Göppert: Preuß. Anwaltszeit. 1864, S. 279) freilich unter erleichterten Formen. Der Deduction Bremer's, S. 51 ff., daß der Eigenthümer schon vor der Ueberlassung des Hypothekenpostens auf eigenen Namen ein besonderes Recht auf eine Werthquote habe, kann ich nicht beitreten. — In Mecklenburg ist bezüglich der revidirten Stadtbuchordnung, welche in § 19 das Dogma von der selbstständigen dinglichen Belastung des Grundstücks durch die Hypothek zuerst in voller Schärfe sanctionirt, ist jetzt, nachdem eine Verordnung v. 21. März 1859 die Zulässigkeit der Eintragung auf den Namen des Eigenthümers selbst ausgesprochen hatte, eine mit einem Erkenntniß des Oberappellationsgerichtes zu Rostock (Buchka u. Budde, Entscheidungen V. S. 164) übereinstimmende Verordnung ergangen, wonach die auf den eingetragenen Namen des Eigenthümers eingetragenen oder umgeschriebenen Pöste zu der aus dem Grundstück gebildeten Specialmasse gehören sollen. Das Umgekehrte bestimmt im Einklang mit der Praxis des preuß. Obertribunals der neue Entwurf für Preußen § 27, welchem das Abgeordnetenhaus zugestimmt hat. — Durchaus correct sind m. E. die Bestimmungen des sächsischen Civilgesetzbuchs §§ 429. 432. 441—444. In § 444 wird die Controverse ebenso entschieden, wie sie die neue mecklenburgische Verordnung entscheidet; aber das sächsische Civilgesetzbuch ist consequent, während die mecklenburgischen Verordnungen dies nicht sind.

während eine sehr einfache gesetzliche Bestimmung, welche gar nicht die Theorie des selbstständigen Realrechtes zu proclamiren braucht, dem Creditbedürfnisse Genüge geleistet haben würde.[10])

Eine Hypothekbestellung für eine nichtige Forderung ist, wie nach gemeinem Rechte, so auch nach hannoverschem Rechte nichtig, und unter denselben Voraussetzungen, unter denen der Pfandbesitzer nach gemeinem Rechte Einreden aus der Person des Schuldners der Actio hypothecaria entgegenstellen kann, ist ihm dies auch nach hannoverschem Recht möglich.[11]) Das Gesetz sagt das zwar nicht ausdrücklich; es folgt aber aus dem oben dargelegten Wesen des Gesetzes. Nur ist zu bemerken, daß durch das für den gesammten Umfang der preußischen Monarchie — mit Ausnahme des Bezirks des Appellationsgerichts zu Cöln — erlassene Gesetz vom 1. December 1869 die bisherigen Vorschriften über die Intercessionen der Frauen aufgehoben sind.

Auch für eine naturalis obligatio ist nach hannoverschem Rechte eine Pfandbestellung möglich, und der richtigen Ansicht nach selbst nach dem Gesetze vom 22. September 1850 über die Verjährung persönlicher Klagen auch für eine Forderung, deren Klage durch Verjährung bereits erloschen ist.[12])

Ebenso müssen bezüglich der Confirmation[12a]) der Forderung durch Hypothekbestellung die gemeinrechtlichen Grundsätze zur Anwendung kommen; nur kann schon in der Erklärung, Hypothek bestellen zu wollen, eine Confirmation der Schuld liegen. Außerdem kommt aber hier der bereits oben zu Anm. 1 besprochene § 24 des Gesetzes in Be-

---

10) Es hätte einfach die Bestimmung genügt: „Der Hypothekbesteller kann allen später einzutragenden Hypotheken gegenüber bis zu einer bestimmten Summe die Eintragung von Hypotheken mit besserer Priorität durch eine in das Hypothekenbuch einzutragende Bemerkung vorbehalten. — Wird eine Hypothek, welche nach dem Inkrafttreten des Gesetzes eingetragen ist, unwirksam, so daß der Eigenthümer die Löschung erwirken könnte, so kann er bei derselben und bis dieselbe ohne diesen Zusatz erfolgt ist, für neu einzutragende Hypotheken die Stelle offen erhalten."

11) Vgl. darüber Dernburg I., S. 537 ff.

12) Die Verjährung der persönlichen Klage hindert der richtigen Ansicht nach auch nach dem hannoverschen Gesetze nicht einmal die Pfandklage, vorbehaltlich der Einrede des Pfandbesitzers, daß der klagende Gläubiger die Klage gegen den persönlichen Schuldner cediren müsse.

12a) Vgl. darüber Dernburg I., S. 545 ff.

tracht, dem zufolge das Alter der Hypothek, richtiger wohl der Vorzug der Hypothek lediglich durch die Zeit der Eintragung bestimmt wird, ohne Rücksicht auf die Zeit der Entstehung der Forderung. Allerdings hat man dabei zunächst wohl nur an die s. g. Credithypotheken gedacht. Der Ausdruck des Gesetzes aber geht weiter. Auch wenn eine anfangs ungültige Forderung später durch Confirmation gültig wird, datirt die eingetragene Hypothek nicht erst von dem Zeitpunkte der Confirmation, sondern von dem der Eintragung; denn letzteres Datiren soll stattfinden „ohne Rücksicht auf die Zeit der Entstehung der Forderung". Ein Grund, diese Worte restrictiv zu interpretiren, liegt nicht vor; um so weniger, als die Anwendung auf confirmirte Forderungen dem Credite sehr förderlich sein muß. Die Vereinigung dieser Vorschrift mit der accessorischen Eigenschaft der Hypothek ist nur so möglich, daß man annimmt, der Hypothekbesteller wolle, indem er eine Forderung einträgt, dieser, sie möge zur Zeit schon entstanden oder gültig sein oder nicht, in jedem Falle den Rang von den später eingetragenen sichern, und daß die später eingetragenen Gläubiger hiermit sich einverstanden erklären, da sie ja eben aus dem öffentlichen Buche die eingetragene Forderung, und daß sie dieser nachstehen sollen, ersehen oder ersehen müssen.

Zweifel könnte freilich noch der Fall erregen, daß etwa aus der Natur der früher eingetragenen Forderung ohne Weiteres deren Ungültigkeit offen ersichtlich sein sollte? Man könnte sagen, eine solche Forderung dürfe ohne Weiteres als nicht existirend, daher auch der betreffende Eintrag als nicht existirend von den nachstehenden Gläubigern behandelt werden. Dennoch ist nach dem klaren Ausdrucke des Gesetzes auch dieser Fall nicht anders zu entscheiden, und die oft sehr zweifelhafte Grenze zwischen den verschiedenartigen Fällen wäre auch für den Credit sehr bedenklich. Es wird dadurch übrigens die Richtigkeit der oben vertheidigten Ansicht über die Zulässigkeit eines Vorbehalts des Locus für künftige Forderungen bestätigt.[13]) Die Möglichkeit, zum Nachtheile einer noch eingetragenen Hypothek ein früher eingetragenes Pfandrecht zu confirmiren, muß nach der allgemeinen Regel „Ut lite pendente

---

13) Ueber den Fall, wenn die Hypothekbestellung als solche die Erklärung verpfänden zu wollen nichtig war, vgl. unten.

nil innovetur" in dem Augenblicke aber aufhören, wo der später eingetragene hypothekarische Gläubiger die Actio hypothecaria gegen den Eigenthümer (Folieninhaber) erhebt (nach hannoverschem Rechte diese Klage behändigen läßt).[14]

Eine wichtige vom gemeinen Rechte abweichende Bestimmung, welche dem modernen Principe der Specialität in Ansehung der Forderung[15] entspricht, enthält aber endlich § 16 des Gesetzes:

„Eine Hypothek kann nur insoweit erworben werden, als diese auf eine bestimmte oder wenigstens zu einem Maximalbetrage veranschlagte Geldsumme in das Hypothekenbuch eingetragen wird.

Bei Renten und ähnlichen wiederkehrenden Leistungen genügt es, wenn die Dauer des Rechts, der Betrag der einzelnen Leistungen und außerdem angegeben wird, für welche Zeiträume dieselben zu entrichten sind.

Bei Eintragung einer Leibzucht (eines Altentheils) ist eine Werthangabe, so wie auch die Angabe der einzelnen Leistungen nicht erforderlich."

Danach ist die Eintragung von unbestimmten, nicht einmal dem Maximalbetrage nach veranschlagten Forderungen, abgesehen von den besonderen Ausnahmsfällen des Abs. 2 u. 3, absolut unzulässig, nichtig und kann daraus nicht einmal dem ursprünglichen Pfandbesteller gegenüber die Actio hypothecaria erhoben werden. Unzulässig ist auch die Eintragung nach einer auswärtigen, im Lande nicht festen Cours habenden Geldsorte. Können sich die Betheiligten über eine bestimmte Maximalsumme nicht einigen, so bleibt nur der Weg des Processes übrig.[16] Doch kann der Berechtigte hier (unzweifelhaft wenn er einen gesetzlichen Pfandrechtstitel hat) die Vormerkung der Hypothek beantragen.

§ 16 hat jedoch noch folgende Modificationen hinsichtlich der Accessionen der Schuld erhalten.

---

14) Vgl. Renaud, Civilproceß § 73 zu Anm. 20 ff. Wetzell Civilproceß S. 18. 116. 118. Bülow u. Hagemann Erörterungen VIII. 2. S. 82. Zimmermann, Arch. f. d. civil. Praxis, Bd. 36, S. 54 ff.

15) Vgl. z. B. kön. sächs. bürgerl. Gesetzb. § 389; mecklenb. rev. Stadtbuchordnung § 13. 21.

16) Vgl. Heyne l. S. 239.

1. Bei Zinsen unterscheidet das Gesetz:

a. vertragsmäßige[17]; für diese haftet das Pfandobject nur, wenn „Verzinslichkeit und Zinsfuß" in das Hypothekenbuch eingetragen sind. Man wird jedoch annehmen dürfen, daß Angabe des Zinsfußes genügt, da, wenn nicht ein Anderes bemerkt worden ist, aus der Angabe eines Zinsfußes auch die Verzinslichkeit selbst folgt.[18] Wollen die Parteien eine Erhöhung des anfänglich verabredeten Zinsfußes, so wird es, falls dieselbe nicht in der ersten Eintragung bis zu einem bestimmten Maximum vorbehalten ist, einer besonderen neuen Eintragung bedürfen, um auch hiefür das Pfandobject haftbar zu machen, und steht diese Eintragung insoweit den inzwischen eingetragenen Hypotheken nach.

b. gesetzliche; für diese haftet das Pfandobject ohne Weiteres mit.

2. Ein besonderes Privileg giebt § 21 den einheimischen und von der Königlichen Regierung bestätigten Creditanstalten:

„Die zu Gunsten einer einheimischen landesherrlich bestätigten[19] oder von der Königlichen Regierung genehmigten Creditanstalt eingetragene Hypothek haftet — ohne daß es deßhalb einer besonderen Eintragung bedarf — auch für die statutenmäßigen Beiträge und sonstigen Leistungen des Schuldners, auch insoweit dieselben nicht Capitalabtrag sind."

Diese Bestimmung bezieht sich nach dem allgemein gehaltenen Wortlaut, wie nach den Regierungsmotiven auf Zinsen, auf Strafprocente wegen nicht rechtzeitiger Zahlung der Zinsen und Capitalabträge, endlich auf Beiträge zu den Administrationskosten und Zinsen von dem Betrage der nicht rechtzeitig gezahlten Beiträge — soweit alles Das statutenmäßig ist (vgl. hinsichtlich der Landescreditanstalt Gesetz v. 25. Decbr. 1869 § 6).

Hinsichtlich aller Zinsen und wiederkehrenden Leistungen[20] stellt

---

17) Vgl. auch die ausgefüllten Formulare zu der Ausführungsbekanntmachung des Justizministeriums.

18) Nach gemeinem Rechte ist die Haftung des Pfandes für vertragsmäßige Zinsen ohne besondere darauf gerichtete Abrede bekanntlich bestritten, vgl. Dernburg I. S. 555. Arndts Pandekten § 369, Windscheid I., § 226.

19) Muß sinngemäß auch auf die nach Erlaß des Gesetzes zu bestätigenden oder zu genehmigenden derartigen Anstalten bezogen werden.

20) Als wiederkehrende Leistungen im Sinne der Bestimmung des § 60 werden aber Capitalabträge nicht zu betrachten sein, wenngleich die letzteren als wiederkeh-

aber das Gesetz im § 60 (Abs. 2) die besondere, bereits dem bisherigen hannoverschen Rechte[20a]) entsprechende Bestimmung auf:

„Zinsen und wiederkehrende Leistungen für die Zeit nach und für die drei letzten Jahre vor der Concurseröffnung . . . haben, insoweit die Hypothek nach den §§ 19 bis 23 dafür haftet, mit der betreffenden Hauptforderung gleichen Rang. Zinsen und wiederkehrende Leistungen für eine ältere Zeit sollen — selbst im Falle einer weiter gehenden Verabredung der Betheiligten — als einfache Forderungen gelten."[20b])

Da diese Vorschrift, wie auch ihre Stellung in dem Abschnitte des Gesetzes „Von der Befriedigung der Gläubiger im Concurse" anzeigt, nur von dem Range der Hypothek[21]) handelt, gehört sie freilich theoretisch betrachtet nicht hieher, ist indeß des praktischen Zusammenhanges wegen gleich hier mitangeführt worden. An sich haftet danach das Pfandobject für die Zinsen in infinitum, und der dritte Pfandbesitzer kann ebenso wenig wie der ursprüngliche Verpfänder auf dieselbe sich berufen. Sie besteht nur zum Vortheile der Concursgläubiger sowie nachstehender hypothekarischer Gläubiger. Für diese aber gilt sie auch außerhalb eines förmlichen Concurses im Falle einer einfachen Subhastation des Pfandobjectes.[22])

Eine wirkliche Beschränkung der Hypothek, welche mithin auch dem Pfandbesteller und dem dritten Pfandbesitzer als solchem zu Gute kommt, nicht nur eine Bestimmung des Ranges, enthält dagegen § 23 des Gesetzes. Da diese indeß auch auf die Proceßkosten sich bezieht, wird sie erst unten mitgetheilt werden.

Hervorzuheben ist dagegen, daß § 60 des Gesetzes die ältere

---

rende Leistungen gefordert werden dürfen. Durch § 21 des Gesetzes hat den Creditanstalten nur ein Privilegium favorabile ertheilt werden sollen. Schlechter als andere hypothekarische Forderungen hat man ihre Capitalforderungen nicht stellen wollen.

20a) Vgl. Verordnung v. 3. Mai 1829.

20b) Die Stände haben hier den übrigens selbstverständlichen in das Gesetz mit aufgenommenen Vorbehalt hinzugefügt: „falls nicht eben nach Eintritt ihrer Fälligkeit eine besondere Hypothek für sie bestellt ist."

21) Den eigentlichen Hypotheken werden Realrechte hier gleichgestellt werden müssen.

22) Vgl. die ausdrückliche Vorschrift in § 69 des Gesetzes: „Dabei gilt der Zeitpunkt, in welchem die im § 596 der bürgerl. Proceßordn. erwähnte Ladung dem Schuldner bekannt gemacht ist, als Zeit der Concurseröffnung."

gemeinrechtliche Controverse[23], ob der Zinsenlauf durch die Concurseröffnung sistirt werde, verneinend entscheidet.

3. Für die Kosten der Ausklagung und Beitreibung haftet nach § 22 des Gesetzes die Hypothek ohne Weiteres mit, ohne daß hier ein bestimmtes Maximum gesetzt wäre, und zwar nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes auch für die Kosten der Kündigung und für die im Concurse (oder im Vertheilungsverfahren ohne Concurs) aufzuwendenden Kosten. Von diesen letztgenannten Kosten nimmt das Gesetz nur diejenigen aus, die lediglich durch eine Prioritätsstreitigkeit entstehen, eine Ausnahme, welche durchaus richtig und consequent ist.[24] Für die Kosten der nur persönlichen Klage dürfte aber die Hypothek nicht haften, da nach § 41 des Gesetzes der Gläubiger stets die Actio hypothecaria anstellen kann, ohne die Einrede der Vorausklage fürchten zu müssen. (Vgl. dafür Dernburg Pfandrecht I. S. 552.)

Ein auch den dritten Besitzer des Pfandgebers, und selbst den Verpfänder schützende Bestimmung enthält dagegen § 23 des Gesetzes:

> „Ist die persönliche Klage auf die Rückstände von Zinsen oder auf die Rückstände von Renten und ähnlichen wiederkehrenden Leistungen oder auf Erstattung von Proceßkosten verjährt, so kann der Anspruch auf diese Rückstände und Kosten auch mit der Klage

---

23) Vgl. über die gemeinrechtliche Controverse Mevius, Decis. VII., d. 243 und dagegen Kori, Syst. d. Concursprocesses. Pufendorf, Obs. I. obs. 215. Vgl. auch Koch, preuß. Civilproceßordnung, 5. Aufl., S. 921 zu § 12 der preuß. Concursordnung v. 1855.

24) Die Regierungsmotive bemerken darüber: „Im Liquidationsverfahren vertritt der Concurscurator den Cridar. Was der Gläubiger gegen den letzteren geltend zu machen berechtigt sein würde, das kann er auch gegen den ersteren geltend machen, jedoch nur insoweit, als nicht vorgehende Gläubiger dadurch benachtheiligt werden

Daraus folgt, daß der Curator zwar in die Kosten des Liquidationsverfahrens ebenso zu verurtheilen ist, wie der Cridar selbst, wenn der Proceß vor der Concurseröffnung geführt worden wäre; daß aber der Curator weder verpflichtet noch berechtigt ist, die Kosten, zu deren Zahlung er in Vertretung des Cridars verurtheilt worden, als Masseschulden vorab zu berichtigen, sondern diese Kosten nur mit der Forderung selbst prioritätsmäßig zum Zuge gelangen. Anders dagegen verhält es sich mit den Kosten der Prioritätsstreitigkeiten. Dies sind Streitigkeiten der Gläubiger unter sich, die so wenig dem Cridar, als den nicht betheiligten Gläubigern schädlich sein und auf deren Kosten nicht geführt werden dürfen. Für die Kosten dieser Streitigkeiten soll die Hypothek deßhalb nicht haften."

aus der für die betreffende Forderung beſtellten Hypothek nicht geltend gemacht werden."

Indeß iſt keine abſolute Gewißheit, daß nicht doch Zinſen und Rückſtände von wiederkehrenden Leiſtungen für einen längeren Zeitraum als den im Verjährungsgeſetze vom 22. September 1850 [25]) beſtimmten von dem Hypothekbeſitzer gefordert werden können. Das Geſetz macht das Aufhören der Pfandklage von der Verjährung der perſönlichen Klage abhängig. Iſt alſo dieſe aus einem beſonderen Grunde ausgeſchloſſen, insbeſondere unterbrochen, ſo dauert auch die Pfandklage fort.

### b. Erforderniſſe in der Perſon des Verpfänders. (Beſitztitelberichtigung.)

### § 9.

Wie bereits oben (vgl. § 4) bemerkt, iſt in Hannover eine Beſitztitelberichtigung oder vorherige Eintragung als Eigenthümer, abgeſehen von den in einigen Städten geltenden particularen Beſtimmungen [1]), keineswegs für Den erforderlich, der eine Specialhypothek an einem beſtimmten Grundſtück beſtellen will. Streng genommen genügt vielmehr das Requiſit, daß dem Richter nicht bekannt iſt, es ſei der Hypothekbeſteller nicht zur Erwirkung der Eintragung befugt. Indem § 77 Abſ. 1 des Geſetzes die Prüfung dieſer Befugniß principiell dem Gläubiger ſelbſt überläßt, ſagt Abſ. 2 dieſes Paragraphen nur:

„Doch hat der Richter die Eintragung der Hypothek unter Angabe der Gründe zu verweigern, wenn ihm Thatſachen bekannt ſind, wonach die Hypothek ungültig ſein würde."

Eine gewiſſe Controle liegt nur:

1. in der Häuſerliſte (vgl. oben § 4). Jemand, der in der Häuſerliſte als Beſitzer des betreffenden Hauſes nicht aufgeführt iſt und deſſen Angabe, daß er der rechtmäßige Beſitzer des Hauſes ſei, von dem Richter für unglaubhaft gehalten wird, wird zur Beſtellung einer Hypothek nicht zugelaſſen. Nach der Bekanntmachung des Juſtizminiſteriums § 36 wird dieſe Prüfung nicht zu ſtrenge gedacht werden dürfen, da dem Hypothekenrichter, falls er nicht den Antragſteller glaubt

---

25) Die Friſt beträgt nach § 3 dieſes Geſetzes vier Jahre und beginnt zu laufen mit dem auf den Fälligkeitstermin folgenden letzten December des betreffenden Jahres.

1) Vgl. § 78 des Geſetzes.

abweisen zu müssen, noch der Ausweg eröffnet wird, die Hypothek in die Abtheilung des Hypothekenbuchs für Nichthausbesitzer einzutragen, „später aber, falls die Angabe des Hypothekbestellers sich als richtig erweisen sollte, auf das betreffende Hausfolium in der ersten Abtheilung zu übertragen oder auf demselben doch durch eine Verweisung auf das Folium der zweiten Abtheilung anzumerken.“

2. Nach dem Gesetze vom 16. December 1843 (welches jetzt durch Gesetz vom 17. September 1862 ein noch weiteres Anwendungsgebiet erhalten hat [1a]) vgl. oben § 1. Anm. 8) § 3) bedürfen Verträge, durch welche volles oder beschränktes Eigenthum oder Erbpachtrechte an Grundstücken zugesichert, ertheilt, übertragen oder aufgegeben werden sollen, zu ihrer formellen Gültigkeit einer öffentlichen Urkunde, d. h. sie müssen vor Gericht [1b]) oder vor Notar und Zeugen errichtet oder anerkannt sein. Dies Erforderniß erstreckt sich nicht nur auf den Uebergang des Eigenthums, sondern auch auf die obligatorische Wirksamkeit des Vertrags. [2]) Dagegen macht es, soviel den Uebergang des Eigenthums betrifft, keineswegs die gemeinrechtliche Tradition entbehrlich, und verbleibt ohne die letztere das Eigenthum eines solchen Contracts ungeachtet bei dem Veräußerer. Dennoch hat man sich in der Praxis wohl stets damit begnügt, wenn der Antragsteller einen solchen Contract vorwies, in welchem ihm von dem früheren Folieninhaber das Grundstück veräußert und in welchem versichert wurde, daß die Tradition zu einem bestimmten nun in der Vergangenheit liegenden Zeitpunkte geschehen solle, oder etwa daß die Tradition schon geschehen sei u. s. w., vielleicht überhaupt wenn der Antragsteller neben dem Contracte einen nicht unrechtmäßig erlangten Besitz irgend glaubhaft machte. Außerdem ist dabei zu bemerken:

a. Derartige Verträge brauchen nicht in foro rei sitae errichtet zu werden, wie schon hervorgeht aus der Zulässigkeit notariellen

---

1a) Es gilt nun auch für die Bürgergüter in den § 1. Anm. 8. genannten Städten.

1b) Vgl. übrigens auch das s. g. Höfecontractgesetz v. 17. Juni 1857, wonach gewisse derartige Contracte über gewisse bäuerliche Güter auch vor den Verwaltungsbehörden errichtet werden können.

2) Aus einem schriftlichen Privatvertrage kann indeß unter gewissen Voraussetzungen binnen 6 Wochen auf gerichtliche Anerkennung geklagt werden.

Abschlusses. Es sind nur nach § 5 des Gesetzes alle Gerichte und Notare des Königreichs schuldig (bei Vermeidung einer Geldbuße von 5 Thlr.), von den vor ihnen geschlossenen oder anerkannten derartigen Verträgen eine beglaubigte Abschrift dem Gerichte der belegenen Sache einzusenden, und das Gericht der belegenen Sache hat solche (oder, im Falle es selbst den Contract aufgenommen haben sollte, die Protokolle) dem Contractenbuche einzuverleiben.

b. Nach § 5 des Gesetzes: „haben die Gerichte und Notare darauf zu halten, daß in einem solchen Vertrage die Identität des dadurch betroffenen Grundstücks, insofern solches nicht nach den Grundsteuer-Catastern und bei Gebäuden nach den Brand-Catastern bezeichnet ist, auf andere Weise außer Zweifel gesetzt werde."

Indeß fügt § 5 sogleich hinzu, daß die Uebertretung dieser Vorschriften keineswegs Ungültigkeit des Vertrags herbeiführen sollte. Das Fehlen eines Veräußerungsvertrags im Contractenbuche giebt also noch keineswegs eine Garantie dafür, daß der im Hypothekenbuche Eingetragene Besitzer noch Eigenthümer oder zur Hypothekbestellung befugt ist[3]) und ungenaue Bezeichnung des Vertragsobjects wird, wenn nur die Contrahenten selbst einig sind, Nichtigkeit des Vertragsobjectes nicht begründen. Für s. g. walzende Grundstücke und trennbare Pertinenzen von Höfen fehlt es aber an jeder Controle, wenn dem Hypothekenrichter nicht etwa die Eigenthumsverhältnisse zufällig persönlich bekannt sind, da ein Grundstücksregister über Verpfändungen und Veräußerungen nicht geführt wird und auch vielleicht nicht — wenigstens nicht überall — geführt werden könnte.

Eine erhebliche Abweichung von dem gemeinen Rechte enthält § 37 des Gesetzes:

„Die Einwilligung des Lehnsherrn, Gutsherrn oder sonstigen Obereigenthümers ist zur Verpfändung einer in dem entsprechenden Verbande stehenden unbeweglichen Sache nicht erforderlich."

Die Veräußerung (Verpfändung) ohne Consens ist also in solchem

---

3) Ich nehme auch an, daß vor einem auswärtigen Gerichte errichtete Verträge gültig sind, obgleich bei auswärtigen Gerichten von einer Verpflichtung zur Übersendung der Contracte an das Forum rei sitae nicht die Rede sein kann. Vgl. Gesetz v. 29. Octbr. 1822. § 3.

Falle nicht mehr nichtig. Die Folgen des mangelnden Consenses bestehen nach dem zweiten Absatze des § 37 aber in Folgendem:

„Durch eine solche ohne Einwilligung des Obereigenthümers bestellte Hypothek erlangt der Gläubiger, insofern er nicht schon nach dem bestehenden Rechte eine weitergehende Befugniß hat, dem Obereigenthümer gegenüber das Recht zur Veräußerung und zur Allodification oder zur Ablösung nur unter denselben Voraussetzungen, unter denen der Verpfänder dieses Recht hat. auch werden die dem Obereigenthümer für den Fall des Heimfalles zustehenden Rechte durch die Verpfändung nicht geändert."

Der Pfandgläubiger kann also in solchem Falle sofort, falls es der Verpfänder nur könnte, Allodification[4]) oder Ablösung beantragen und dadurch die Hypothek vollkommen wirksam machen, und dies Recht steht ihm auch im Concurse des Untereigenthümers zu. Da die Ungültigkeit der Verpfändung nach dem früheren Rechte auf der Unzulässigkeit der Veräußerung beruht, so hat auch jetzt nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes der hypothekarische Gläubiger das Recht der Veräußerung nicht; dagegen muß diesem das Recht zugestanden werden, falls er nicht ablösen oder allodificiren will, oder dies nicht kann[5]), das Gut unter Sequester[6]) verwalten zu lassen und die Früchte zu seiner Befriedigung zu verwenden[7]), bis entweder der Obereigenthümer oder Agnaten, deren Rechte durch § 37 des Gesetzes nicht beeinträchtigt sind[8]), das Gut vindiciren. Trifft eine solche unvollkommene Hypothek mit einer vollkommen wirksamen, consentirten Hypothek zusammen und veranlaßt letztere die Subhastation, so bleibt freilich nichts Anderes übrig als auch die nicht consentirte Hypothek prioritätsmäßig aus dem Erlöse zu befriedigen.

Nach dem Regierungsentwurfe war beabsichtigt dem § 37 rück-

---

4) Vgl. Gesetz v. 13. April 1836.

5) Z. B. wegen voraussichtlichen Heimfalles.

6) In den Regierungsmotiven wird gesagt: „Daß durch die Bestimmungen des Paragraphen auch die Rechte sonstiger dritter Personen, z. B. die Lehnsagnaten nicht beeinträchtigt werden, dürfte ohne Weiteres klar sein, und hat man deßhalb auch einen ausdrücklichen Vorbehalt dieser Rechte nicht für erforderlich gehalten."

7) Vgl. bürgerl. Proceßordnung § 560.

8) Vgl. auch Pätz, Lehrb. d. Lehnsrechts § 142.

wirkende Kraft zu Gunsten der nach dem früheren Rechte nichtconsentirten Hypotheken zu geben. Die Stände strichen den darauf bezüglichen Zusatz. Indeß wird unten bei Erörterung der allgemeinen Frage von der Convalescenz der Hypothek sich ergeben, ob nicht aus anderen Bestimmungen des Gesetzes jene Rückwirkung dennoch zu folgern sei.

Eine besondere Beschränkung der Verpfändungsbefugniß des Eigenthümers enthält § 38 des Gesetzes. § 13 behandelt nämlich den Vorbehalt des Eigenthums bei der Veräußerung im Anschluß an die Auffassung der hannoverschen Praxis [9]) nur als den Vorbehalt einer Hypothek. Dabei wäre nun möglich, daß der Käufer des Grundstücks früher andere Hypotheken eintragen ließe, ehe die dem früheren Eigenthümer vorbehaltene Hypothek eingetragen würde. Dagegen soll die Vorschrift des § 38 Schutz gewähren:

„Wenn der Veräußerer einer unbeweglichen Sache durch den im § 13 gedachten Eigenthumsvorbehalt oder durch den Vorbehalt einer Hypothek an der veräußerten Sache einen Rechtstitel zu einer solchen erlangt hat, so ist innerhalb der nächsten zwei Wochen nach dem Eigenthumsübergange die Befugniß des Erwerbers zur anderweiten Verpfändung dadurch bedingt, daß vorab die dem Veräußerer zugesicherte Hypothek in das Hypothekenbuch eingetragen wird."

Der Richter darf also innerhalb der bezeichneten Frist, wenn nicht vorher die Hypothek des Eigenthümers eingetragen ist, auf den Namen des neuen Erwerbers keine Hypotheken eintragen [10]), und ergreift auch

---

9) Vgl. darüber namentlich Leonhardt, Zur Lehre v. d. Rechtsverhältnissen am Grundeigenthum S. 219 ff. Allerdings gewährte nach der bisherigen in Hannover geltenden Auffassung das Pactum reservati dominii noch ein Mehreres, hauptsächlich aber Sicherung gegen nachher entstehende privilegirte Pfandrechte, weil der Veräußerer doch auch als Vindicant im Concurse auftreten konnte. Dieser Schutz des Veräußerers ist nach dem neuen Gesetze nicht mehr erforderlich. Dagegen hat die hannoversche Praxis die Bedingung nie als suspensive aufgefaßt, noch auch dem Erwerber des Grundstücks die Befugniß zur weiteren Verpfändung bestritten. Allerdings kommt jetzt Derjenige, der nur eine Hypothek statt des früheren vorbehaltenen Eigenthums hat, hinter die absolut privilegirten Gläubiger im Concurse zu stehen.

10) Auch m. E. nicht vormerken. Denn die Vorschrift des Gesetzes ist hier absolut. Auch würde die vorgemerkte Hypothek doch stets der vorbehaltenen Hypothek des früheren Eigenthümers weichen müssen und die Vormerkung nur zu Täuschungen oder Unordnungen Anlaß geben, während der neue Erwerber des Grundstücks,

die von dem letzteren etwa bestellte Generalhypothek das neu erworbene Grundstück noch nicht. Das Eigenthum geht nun, wie oben bemerkt, erst durch wirkliche Tradition wenigstens nach dem für Hannover gemeinen Rechte über. Da aber hier es lediglich um eine zum Vortheile des Veräußerers gegebene specielle Bestimmung sich handelt, so wird, wenn der Veräußerer etwa selbst, daß die Tradition geschehen sei, in dem Kaufvertrage zugesteht oder dieselbe unbedingt zu einem bestimmten Zeitpunkte geschehen soll, oder wenn bedingt geschehen soll, und diese Bedingung erwiesenermaßen eingetroffen ist, der Richter sofort beziehungsweise nach Eintritt des Zeitpunktes oder der Bedingung dem Antrage des Käufers auf Eintragung der Hypotheken stattgeben müssen. Sollte bezüglich der Erfüllung der Voraussetzung der Tradition freilich eine Täuschung des Richters unterlaufen, so würde der Veräußerer die von dem Käufer bestellten Hypotheken anfechten können.

Uebrigens können die von dem Richter etwa aus Versehen vorzeitig eingetragenen Hypotheken convalesciren nach Abs. 2 des § 37:

„Durch die Bestimmung dieses § wird nicht ausgeschlossen, daß die von dem Erwerber innerhalb der zwei Wochen bestellten Hypotheken nachträglich gültig werden können" vgl. § 28 [10a])

Das gemeine Recht gestattet bekanntlich in gewissen Fällen eine anticipirende Pfandbestellung [11]) an fremden Sachen, so namentlich die an einer Res debita, eine Pfandbestellung unter der Bedingung künftigen Erwerbes, die Verpfändung künftiger Sachen, und es gehört hieher auch die Generalhypothek des gemeinen Rechts. Dagegen ist abgesehen von diesen Fällen die Verpfändung von Seiten eines Nichtberechtigten an einen um diese Nichtberechtigung wissenden, in mala fide befindlichen Gläubiger nach gemeinem Rechte unbedingt nichtig, convalescirt nicht. [12]) Es fragt sich, gilt alles Dies auch nach hannoverschem Rechte?

1. Die Eintragung einer Specialhypothek auf eine Sache, die

---

falls ihm an der sofortigen Constituirung von Nachhypotheken liegt, das Hinderniß durch Eintragung der vorbehaltenen Hypothek leicht beseitigen kann.

10a) Siehe darüber unten nach Anm. 12 S. 70.

11) Vgl. Dernburg I. S. 224 ff. 241 ff.

12) Dernburg I. S. 240. Nur kann der Gläubiger sich der Vindication des Verpfänders gegenüber im Besitze erhalten, so lange er nicht befriedigt ist. L. 1 D. de pign. 20. 1.

man erſt in Zukunft erwerben will, muß als unverträglich mit der Ordnung der öffentlichen Bücher betrachtet werden. Wenn auch die Eintragung nach hannoverſchem Rechte kein unangreifbares Recht dem dritten gutgläubigen Erwerber der Hypothek giebt, ſo ſoll doch ohne Zweifel die Eintragung ungültiger Hypotheken möglichſt vermieden werden, alſo auch die Eintragung ſolcher Hypotheken, deren Gültigwerden noch auf einer durchaus problematiſchen künftigen Möglichkeit beruht. Wenn das ſpätere römiſche Recht dergleichen Verpfändungen aus Billigkeitsrückſichten aufrecht behielt, ſo iſt nicht zu vergeſſen, daß nach römiſchem Rechte die Verpfändung ein reiner Privatact war, während ſie nach dem Syſteme auch des hannoverſchen Rechts ein öffentlicher Act iſt, dem in gewiſſem Umfange die Zuverläſſigkeit unbedingt bewahrt werden muß. Der Richter muß alſo derartige Anträge zurückweiſen, und dies entſpricht ſogar dem Wortlaute des § 77 Abſ. 2. . . „Der Richter (hat) die Eintragung . . zu verweigern, wenn ihm Thatſachen bekannt ſind, wonach die Hypothek ungültig ſein würde" d. h. zur Zeit ungültig ſein würde."

2. Hat aber demungeachtet, ſei es weil der Richter, ſei es weil die Parteien ſich täuſchten, eine Eintragung ſtattgefunden auf eine Sache, welche dem Hypothekbeſteller noch nicht gehört, aber ſpäter von ihm erworben wird, ſo greift nun die Beſtimmung des § 28 Platz:

> „Wenn eine Hypothek, welche wegen mangelnder Verpfändungsbefugniß des Beſtellers nicht zu Recht beſtand, ſpäter gültig wird, ſo bedarf es der wiederholten Eintragung derſelben nicht und es entſcheidet die Zeit der urſprünglichen Eintragung auch über das Alter der Hypothek, unbeſchadet jedoch der Rechte Derjenigen, die vor dem Gültigwerden der Hypothek ein dingliches Recht an dem Gegenſtande derſelben erworben haben."

Damit iſt die gemeinrechtliche Controverſe [13]), von welchem Zeitpunkt das convaleſcirende Pfandrecht datirt, ob von dem Zeitpunkte der Beſtellung oder von dem des Erwerbes der Pfandſache, in dem erſteren Sinne entſchieden worden. Kann auch — was wir hier dahin geſtellt ſein laſſen wollen — die Richtigkeit dieſer Entſcheidung nach römiſchem Rechte beſtritten werden, ſo unterliegt doch ihre Angemeſſen-

13) Vgl. darüber beſonders Dernburg I. S. 241 ff.

heit bei dem Systeme der öffentlichen Bücher — wo einerseits Jeder sofort ersieht, welche Hypotheken ihm nach Absicht des Pfandbestellers vorgehen sollen, und welchen er daher nachstehen will, und andererseits Jeder, dem eine ungültige Hypothek vorgesetzt ist, wenn er etwa auf das Nachrücken sich Rechnung macht und in Bezug auf dieses creditirt, die Löschung herbeiführen kann — gewiß keinem Zweifel.

Die Beschränkung dieses Grundsatzes, welche in dem Schlußsatze des Paragraphen ausgesprochen ist, bezieht sich wesentlich auf den Fall, daß, wie ja nach dem hannoverschen Rechte möglich ist, das Grundstück auf zwei (oder mehreren) verschiedenen Folien als Gegenstand einer Hypothek erscheint, da eine Hypothekeintragung seitens des Berechtigten und seitens eines Nichteigenthümers und so, daß nicht der eine als Successor des anderen erschiene, auf demselben Folium auch nach dem hannoverschen Systeme kaum denkbar ist. Für diesen besonderen Fall paßt selbstverständlich die obige Entscheidung auch nach dem Systeme der öffentlichen Bücher, welches hier ja gerade seinen Dienst versagt, nicht. Wenn der Nichteigenthümer A am 1. Februar 1868 eine Hypothek auf das Grundstück X eintragen läßt, und B, der Eigenthümer, am 1. Februar 1869 dies thut, so muß selbstverständlich die letztere Hypothek der ersteren vorgehen, sollte auch A nachher Universalerbe des B, und dadurch die Hypothek gültig werden.

Ueber die Voraussetzungen dagegen, unter denen eine Hypothek convalescirt, trifft das Gesetz keine Bestimmung, und bemerkten die Regierungsmotive ausdrücklich, daß dies auch nicht in der Absicht liege, die Entscheidung hierüber vielmehr der Wissenschaft und Praxis zu überlassen sei.[14])

Der Grundsatz des Gesetzes aber, daß es bei einer anfangs ungültigen Hypothek, wenn später die übrigen Voraussetzungen ihres Gültigwerdens existent werden, einer wiederholten Eintragung nicht bedürfe, in Verbindung mit dem allgemeinen im § 24 des Gesetzes

---

14) Der frühere Entwurf von 1862 enthielt im § 2 die Bestimmung: „Das von einem Nichteigenthümer bestellte Pfandrecht wird gültig, wenn der Verpfänder Eigenthümer oder der Eigenthümer Erbe des Verpfänders wird, unbeschadet jedoch der Rechte derjenigen, welche vor dem Gültigwerden des Pfandrechts ein dingliches Recht an dem Pfandgegenstande erworben haben." Die gesperrt gedruckten Worte waren bereits von der ständischen Commission gestrichen.

enthaltenen Satze, daß das Alter der Hypothek ſich nach der Zeit der Eintragung richte [15]), führt, wie dies auch dem formalen Acte der Eintragung in öffentliche Bücher entſpricht, dahin, daß nicht nur im Falle einer ohne den Willen des Verpfänders oder des Eigenthümers eintretenden Convalescenz, ſondern ſelbſt in dem Falle die Zeit der Eintragung über das Alter der Hypothek entſcheidet, wenn die nachträgliche Gültigkeit auf ausdrücklicher oder ſtillſchweigender Ratihabition des Eigenthümers oder Pfandbeſtellers beruht. Die nach eingetragenen Gläubiger haben ſich damit einverſtanden erklärt, daß ihnen die früher eingetragene Hypothek vorgehe. In den bei weitem meiſten Fällen wiſſen ſie um die ausnahmsweis vorhandene Ungültigkeit gar nicht, und ſollten ſie etwa darum wiſſen, ſo können ſie, bevor ſie mit dem Hypothekbeſteller ein Schuldverhältniß eingehen, die Löſchung der Hypothek verlangen, und das Gleiche wird ein mit geſetzlichem Titel verſehener Gläubiger fordern können, wenn er nachweiſt, daß ſeine Sicherheit ohne ſolche Löſchung ungenügend ſei. [16]) Dieſe Gründe müſſen auch in dem Falle entſcheiden, daß die anfangs von einem Handlungsunfähigen oder von einer Vormundſchaft ohne obervormundſchaftliches Decret ungültig beſtellte Hypothek durch Ratihabition beziehungsweiſe Unterlaſſen der Anfechtung innerhalb des in der L. 3 C. si major factus 5, 74 beſtimmten quinquiennium nach erlangter Volljährigkeit [17]) convaleſcirt. Hiernach verlieren allerdings die ge-

15) Dieſer Satz iſt zwar zunächſt mit beſonderer Beziehung auf die ſpätere Entſtehung der Forderung ausgeſprochen. In dem Satze „Das Alter der Hypothek beſtimmt ſich, ohne Rückſicht auf die Zeit der Entſtehung der Forderung durch die Zeit der Eintragung" iſt der Zwiſchenſatz (ohne Rückſicht u. ſ. w.), keine Abſchwächung, ſondern eine Verſtärkung des allgemeinen Princips.

16) Auf die Einwendung, der mit geſetzlichem Titel verſehene Gläubiger könne der voreingetragenen Hypothek die Ungültigkeit nicht anſehen, wäre zu entgegnen, daß ohne die hier erforderliche Nachforſchung ja auch im Concurſe ein Prioritätsſtreit nicht begonnen werden kann, und daß dieſe zur Zeit der Eintragung gewöhnlich leichter iſt als zur Zeit des Concurſes. Wer ſich aber vertragsmäßig Hypotheken beſtellen läßt, mag ſich vorſehen, ehe er creditirt.

17) Daher iſt (wenigſtens nach den Principien des Geſetzes von 1864) eine in Seuffert's Archiv 21, Nr. 26 mitgetheilte Entſcheidung des I. Senats des vormaligen Oberappellationsgerichts zu Celle vom 9. Oct. 1866 im Reſultate zu billigen. Den Gründen vermag ich freilich nicht beizutreten. Aus den Worten der Conſtitution »si per quinque annos . . nihil conquestus est super tali alie-

meinrechtlichen Controversen über die Convalescenz des Pfandrechts für das hannoversche Recht wesentlich an praktischer Bedeutung. Jede irgend erfolgte Anerkennung der einmal eingetragenen Hypothek seitens des Eigenthümers macht die Hypothek gültig, und so daß die später auf dem Folium derselben Person eingetragenen Hypotheken ihr im Alter nachstehen. Dies muß auch für ältere nichtconsentirte Lehnshypotheken gelten.

Nicht unzweifelhaft ist nach hannoverschem Rechte die Beantwortung der Frage, ob auch ein bonae fidei possessor eine Hypothek bestellen könne. Nach der für das gemeine römische Recht, welches in dieser Beziehung durch eine ausdrückliche Vorschrift des hannoverschen Gesetzes nicht außer Kraft gesetzt ist, richtigen, freilich nicht ganz unbestrittenen Ansicht[18]) ist das vom b. f. possessor bestellte Pfandrecht an sich vollkommen gültig[19]), nur ist es denjenigen Personen gegenüber unwirksam, denen gegenüber der b. f. possessor selbst mit der Actio Publiciana nicht durchdringen würde. Dies muß auch nach hannoverschem Rechte angenommen werden, falls die Hypothek einmal eingetragen worden ist. Dagegen würde der Richter allerdings

---

natione vel suppositione, is qui eam fecit . . minime retractari eam occasione praetermissionis decreti, sed *sic tenere quasi ab initio legitimo decreto fuisset res alienata vel supposita«* ziehen die Entscheidungsgründe den Schluß, daß die Convalescenz auch den inzwischen mit vollkommener Gültigkeit constituirten dinglichen Rechten und vorgenommenen Veräußerungen gegenüber wirksam sei, was jedenfalls zu eigenthümlichen Ergebnissen führen müßte. (Siehe dagegen Glück, Pandekten 33, S. 48 und besonders Keller, Pand. § 433. Anm. 55.) Außerdem nehmen die Entscheidungsgründe an, daß die Convalescenz während des Concurses noch eintreten könne, während doch in der Anmeldung im Concurse die Anstellung der Pfandklage lag, das Erkenntniß also genau genommen immer auf den Zeitpunkt der Eröffnung des Concurses zu beziehen ist, und während doch der Concurscurator gar nicht legitimirt ist, eine Hypothekbestellung aus dem Grunde anzufechten, daß die betreffende Forderung nicht als hypothekarische, sondern als einfach chirographarische befriedigt werden soll (vgl. auch Entscheidung des II. Senats des O.-A.-G. zu Celle v. 1857. Entscheidungen IV. Nr. 89). Die Entscheidung bezog sich übrigens auf den Rechtszustand vor dem neuen Gesetze und ob für diesen früheren Rechtszustand auch das Resultat richtig war, dürfte nicht unzweifelhaft sein.

18) Vgl. über diese Controversen Dernburg I. S. 261 ff.

19) Vgl. für die richtige Ansicht Huschke in Linde's Zeitschr. f. Civilr. u. Proceß, Bd. 20. S. 182. 183. Dernburg I. S. 222 ff.

Jemanden, bezüglich dessen er positiv überzeugt wäre, daß er nur publicianischer Besitzer, nicht Eigenthümer wäre, mit dem Antrage auf Bestellung einer Hypothek zurückzuweisen haben; denn mit der publica fides der Hypothekenbücher, selbst wenn dieselbe nach dem hannoverschen Rechte keineswegs absolute Sicherheit gewährt, sind, wie schon oben bemerkt, solche Eintragungen, deren nur problematische, eventuelle Bedeutung von vornherein klar ist, unvereinbar, und dafür ließe sich selbst der Wortlaut des § 77 des Gesetzes (vgl. oben nach Anm. 12), wenn man ihn urgiren wollte, anführen. Dies muß selbst in dem Falle angenommen werden, daß der Antragsteller etwa schon früher auf ein Hausfolium irrthümlich als Besitzer (Verpfändungsberechtigter) eingeschrieben wäre; denn diese Einräumung eines Foliums giebt für spätere Eintragungen kein rechtliches Präjudiz, wenn auch der Hypothekenrichter sich factisch dabei meistens beruhigen wird und dazu, weil er eine frühere sachgemäße Causae cognitio voraussetzen darf, auch befugt ist.

Das eheliche Güterrecht des Eigenthümers oder Besitzers wird in Hannover im Hypothekenbuche nicht bemerkt. Gegen etwaige Anfechtungen der Hypotheken seitens der Ehefrau sicherte die in Hannover übliche Verbürgung der Ehefrau, welche Verbürgung daher auch jetzt nach Aufhebung der Bestimmungen des SCum Vellejanum noch von Nutzen sein kann.

Ein für den Veräußerer eines Grundstücks vorbehaltenes oder revocables Eigenthum muß nach der Bestimmung des § 13 des Gesetzes, insoweit es in seiner ursprünglichen und strengen Bedeutung noch vorkommen sollte, die Bestellung von Hypotheken auf das betreffende Grundstück seitens des Erwerbers hindern.[20])

Die Gültigkeit eines Arrestes ist nicht durch Eintragung in das Hypothekenbuch bedingt, doch soll letztere allerdings nach § 573 der bürgerlichen Proceßordnung neben öffentlicher Bekanntmachung erfolgen.

---

20) Vgl. darüber § 10 a. E.

## B. Entstehungsgrund der Hypothek.

### 1. Das Recht auf Eintragung.

#### a. Im Allgemeinen.

#### § 10.

Das Recht auf die Eintragung „der Rechtstitel", kraft dessen die Eintragung gefordert werden kann, beruht nach § 12 des Gesetzes entweder

1. auf ausdrücklicher Willenserklärung oder
2. auf dem Gesetze.

Hiermit ist in Verbindung zu bringen § 75 des Gesetzes:

„Rechtsgeschäfte, auf deren Grund die Eintragung einer Hypothek . . . vorgenommen werden soll, müssen durch öffentliche oder doch mit öffentlich beglaubigter Unterschrift versehene Urkunden nachgewiesen werden."

§ 77 daselbst:

„Wer einen Rechtstitel zur Hypothek hat, kann von dem Verpflichteten die Anerkennung desselben in einer öffentlichen oder doch mit öffentlich beglaubigter Unterschrift versehenen Urkunde erlangen.

Ein vollstreckbares Urtheil [1]), wodurch der Verpflichtete zur Ausstellung einer solchen Urkunde verurtheilt ist, vertritt die Urkunde selbst, wenn daraus die Forderung und außerdem — bei einem auf ausdrücklicher Willenserklärung beruhenden Rechtstitel der Pfandgegenstand — bei einem gesetzlichen Rechtstitel, die einen solchen gewährende Eigenschaft der Forderung ersichtlich ist, vgl. jedoch § 32 Abs. 2. [2])"

---

1) Selbstverständlich muß auch dieses Urtheil in authentischer Form producirt werden.

2) Danach soll ein nur vorläufig vollstreckbares (mit Vorbehalt der Appellation vollstreckbares) Urtheil diese Wirksamkeit nicht haben (vgl. bürgerl. Proceßordnung § 409). Urtheile norddeutscher Gerichtshöfe und jetzt auch der badischen Gerichtshöfe stehen den inländischen Urtheilen gleich. Vgl. nordd. Rechtshülfgesetz v. 21. Juni 1869 § 1. Vertrag zwischen dem nordd. Bunde u. Baden v. 14. Jan. 1870, § 1. Ueber die anderen auswärtigen Gerichten zu leistende Rechtshülfe vgl. hannov. bürgerl. Proceßordnung § 29. — Vgl. auch Entwurf d. norddeutschen Civilproceßordnung § 29. —

endlich § 77 Abs. 3:

„Auch darf kraft eines gesetzlichen Rechtstitels die Eintragung einer Specialhypothek ohne ausdrückliche Einwilligung des Verpflichteten nur dann geschehen, wenn der Antragsteller das Eigenthum des Verpflichteten an den betreffenden unbeweglichen Sachen glaubhaft bescheinigt."

Danach ist zu unterscheiden:

A. das Privatrecht, von Jemandem Bestellung einer Hypothek zu fordern und

B. das formelle Recht, von dem (Amtsgerichte) Hypothekengerichte die Eintragung zu verlangen, beziehungsweise die dem öffentlichen Rechte angehörige Verpflichtung des Gerichts, die Eintragung vorzunehmen.

Von dem materiellen Rechte (A) handelt § 12, von dem formellen (öffentlichen) Rechte (B) § 76 des Gesetzes, wie auch aus der Stellung des § 76 in dem Abschnitte „Von den Hypothekenbüchern und dem Verfahren in Hypothekensachen" hervorgeht. Erwägt man nun, daß das Gesetz über obligatorische, auf Bestellung eines Pfandrechts gerichtete Verträge keine Bestimmung treffen wollte, so ergiebt sich, daß der Ausdruck des Gesetzes in § 12 nicht ganz correct ist, wie auch daraus hervorgeht, daß § 75 die Eintragung auf Grund von Rechtsgeschäften, sofern nur die Willenserklärung hinlänglich deutlich ist, und nicht lediglich auf Grund besonderer ausdrücklicher Willenserklärung gestattet. § 12 war vielmehr richtiger dahin zu fassen: „Die Verpflichtung, die Eintragung einer Hypothek zu gestatten, beruht in folgenden Fällen unmittelbar auf dem Gesetze (gesetzlicher Rechtstitel)." Es ist also zu unterscheiden:

A. eine privatrechtliche Verpflichtung zur Bestellung einer Hypothek

1. kraft Vertrags oder Quasicontractes z. B. in Folge eines Erbschaftsantritts, der Annahme eines Legats in Gemäßheit des bisherigen Rechts;

2. kraft unmittelbarer Bestimmung des Hypothekengesetzes (§ 14).[3]

Diese Verpflichtung Hypothek zu bestellen, bezw. Berechtigung, Bestellung einer Hypothek zu fordern giebt aber noch keineswegs in jedem Falle

B. das Recht, bei einem bestimmten Gerichte die Eintragung zu fordern. Dieses Recht ist nur vorhanden:

---

3) Vgl. § 14 des Gesetzes: „Einen gesetzlichen Rechtstitel haben . . ."

1. wenn der Erwerber der Hypothek ein vollstreckbares Urtheil für sich hat und kommt es dabei, da das letztere, auch wenn es materiell unrichtig ist, eine Obligation auf Bestellung einer Hypothek begründet, nicht weiter auf den ursprünglichen Verpflichtungsgrund an, auf welchen das Urtheil ergangen ist.

2. wenn der Erwerber der Hypothek eine authentische (vgl. § 75 des Gesetzes) ausdrückliche Willenserklärung des Bestellers producirt.[4])

Möglich ist freilich, daß der Act, aus welchem die persönliche Verpflichtung zur Bestellung der Hypothek resultirt, factisch auch das formelle öffentliche Recht dem Amtsgerichte gegenüber constituirt. Außer der authentischen Form und der „Ausdrücklichkeit" (genügenden Deutlichkeit) der Willenserklärung ist dann aber, da das Hypothekengericht als solches nur in Gemäßheit der Anträge des Bestellers einträgt, nicht aber Rechtsstreitigkeiten entscheidet, erforderlich, daß die Hypothek, sowie sie dem Antrage gemäß eingetragen werden soll, auch den gesetzlichen Erfordernissen entspricht, also nach § 22 des Gesetzes eine bestimmte oder doch zu einem Maximalbetrage veranschlagte Geldsumme betrifft. Der zur Bestellung einer Hypothek Verpflichtete ist daher auch zur Ausstellung der im § 76 Abs. 1 bezeichneten Urkunde[5]), welche durch ein vollstreckbares, diese Verpflichtung aussprechendes Urtheil vertreten werden kann, verpflichtet.

Aus dieser Unterscheidung des materiellen und des formellen Rechtstitels folgt:

1. daß die Verpflichtung, Hypothek zu bestellen, ohne Angabe einer bestimmten Summe oder Maximalsumme der betreffenden Forderung keineswegs ungültig ist. Denn das Fehlen einer solchen Summen-

---

4) Nicht ganz correct und der Terminologie des Gesetzes nicht entsprechend ist es, wenn Spengler in einem Aufsatze über die Bedeutung des Hypothekenbestellungsvertrags (Zeitschr. f. hannov. R. 1869, I. S. 397 ff., besonders S. 402) zu folgendem Ergebnisse gelangt: „Das Verhältniß zwischen Hypothekbestellungsvertrag, Rechtstitel und Eintragung ist Folgendes:

Der Vertrag ist einer der drei Entstehungsgründe des Rechtstitels.

Der Rechtstitel (?) ist das Forderungsrecht auf Eintragung gegen das zuständige Hypothekengericht.

Die Eintragung ist die Erfüllung der dem Forderungsrechte entsprechenden Verbindlichkeit und der Entstehungsact der Hypothek.

5) Die Erklärung unmittelbar zu Protokoll des Hypothekenrichters muß selbstverständlich als Erfüllung dieser Verpflichtung angesehen werden.

angabe ist nur ein Mangel des formellen, nicht aber des materiellen Rechts auf Eintragung, wie sich insbesondere daraus ergiebt, daß bei den gesetzlichen Rechtstiteln des § 14 des Gesetzes bei Annahme der entgegengesetzten Ansicht das Recht des Gläubigers Hypothek zu verlangen illusorisch werden würde, ein genügender Grund aber, hier eine vom Gesetze selbst nicht gemachte Unterscheidung zwischen gesetzlichem und vertragsmäßigem Titel einzuführen, nicht erfindlich ist.[6] Der Gläubiger kann allerdings ohne Zustimmung des Verpflichteten eine Hypothek auf die Maximalsumme nicht eintragen lassen und muß die Schätzung oder Ermittlung im Streitfalle im Wege des Processes erfolgen[7]; er kann aber nach § 34 des Gesetzes die Hypothek vormerken lassen, indem er die Forderung zu einer bestimmten Summe veranschlagt und glaubhaft macht.[8]

2. Da der formelle Rechtstitel nur die authentische und präcisirte Erscheinung des materiellen Rechtstitels ist, welche den Hypothekenrichter ohne Weiteres zur Eintragung berechtigen soll, so ergiebt sich, daß, wenn Thatsachen eintreten, welche in Beziehung auf den ersteren eine Veränderung hervorbringen, der letztere hinfällig wird, und ebenso wenn Thatsachen eintreten, welche in der fraglichen Beziehung eine Veränderung hervorbringen können, oder da es hier schließlich auf die Ueberzeugung des Hypothekenrichters ankommt, wenn der letztere der Ansicht ist, daß das Eine oder das Andre der Fall sei. Das wird insbesondere wichtig, wenn Derjenige, der die Hypothek bestellen wollte, stirbt. Wenn auch der Erbe in die persönliche Verbindlichkeit des Erblassers zur Bestellung der Hypothek eintritt, so ist es doch nicht gewiß, daß und zu welchem Theil der Erbe[9] Eigenthümer wird, und ob nicht die Sache, an der eine Hypothek bestellt werden soll, sofort in

6) Vgl. die im Resultate übereinstimmende Entscheidung des Appellationsgerichts zu Celle v. 31. März 1869, Zeitschrift f. hannov. R. I. (1869), S. 47 ff. Vgl. auch z. B. würtembergisches Pfandgesetz Art. 79, weimar. Gesetz § 68 und Heyne, Commentar z. sächs. Gesetze I. S. 246. 247.

7) So auch die Entscheidungsgründe des in Anm. 6 citirten Urtheils.

8) Vgl. Heyne a. a. O.

9) Wer nur Theilerbe ist, braucht auch nur an der an ihm ererbten Quote der in Aussicht genommenen Sache ein Pfandrecht (freilich für den ganzen Betrag der Schuldsumme) zu bestellen. Vgl. Ubbelohde Die Lehre von den untheilbaren Obligationen. 1862. S. 58. Dernburg II. S. 48.

das Eigenthum einer Person (z. B. eines Legatars) übergeht, auf welche die persönliche Verpflichtung nicht vererbt. Eine Erklärung, Hypothek bestellen zu wollen, ohne einen bindenden Vertrag, aber würde, ebenso wie z. B. ein Mandat, mit dem Tode des Erklärenden hinfällig werden.[10]) Die Eintragung einer Hypothek auf das Folium eines Verstorbenen ist daher an sich unzulässig.[11]) Der Gläubiger muß die Einwilligung des derzeitigen Eigenthümers des Grundstücks oder dessen Verurtheilung zu solcher Einwilligung einbringen: die Einwilligung des früheren Eigenthümers ist an sich unerheblich, und die Untersuchung, ob der jetzige Eigenthümer an die Verpflichtungen des früheren gebunden sei, überschreitet die Grenzen der Causae cognitio des Hypothekenrichters. Wollte man ihm die Befugniß solcher Eintragung geben, so würde es um die Sicherheit der Hypotheken bedenklich aussehen. Außerdem aber fehlt es Demjenigen, dem eine Hypothek bestellt werden sollte, nicht an einem Mittel sich zu sichern, wenn er wirklich die Eintragung auf das Pfandobject noch glaubt durchsetzen zu können. Indem er den Uebergang der betreffenden Verpflichtung auf den neuen Eigenthümer bescheinigt (nöthigenfalls auch, daß die von ihm bezeichnete Person Eigenthümer geworden sei), kann er die Vormerkung der Hypothek erlangen. Eine Ausnahme würde nur zulässig sein, so lange die Erbschaft noch nicht angetreten, Hereditas jacens ist; der Curator hereditatis jacentis muß unbedingt die Verpflichtung des Erblassers zur Bestellung der Hypothek erfüllen.[11a]) Dies muß auch für die Generalhypothek des hannoverschen Rechts, soweit dieselbe Immobilien begreifen soll, gelten. Diese ist nichts Anderes als eine Collectivbezeichnung für alle dem Erblasser zur Zeit seines Todes gehörigen, in dem Hypothekenbuchbezirke belegenen Grundstücke. Ist die Erbschaft angetreten, so hat der Gläubiger gegen die Erben einen Anspruch auf Bestellung einer Specialhypothek an allen diesen Immobilien und diese

10) Jedenfalls würde also dem Richter, wenn man Eintragungen auf den Namen eines Verstorbenen zuließe, eine sehr mühevolle und schwierige Causae cognitio über die Natur der vorliegenden Willenserklärung zugemuthet werden, wie solches den Principien des hannoverschen Gesetzes durchaus nicht entspricht.

11) Dahin geht auch eine in der Zeitschr. f. hannov. R. I. S. 402 ff. mitgetheilte obergerichtliche Entscheidung. Anderer Meinung Spengler, daselbst S. 412.

11a) Vgl. auch die Anm. 11 citirte Entscheidung.

Specialhypotheken kann er vormerken lassen, insoweit der neue Eigenthümer diese Verpflichtung überkommen hat. [12]) Schwierigkeiten macht allerdings die Generalhypothek, insoweit sie das bewegliche Vermögen trifft. Geht man davon aus, daß dieselbe nur ein persönliches Vorzugsrecht begründe, so wird der Erbe, soweit ihn die Schuldverbindlichkeit trifft, auch zur Bestellung eines solchen an seinem eigenen Vermögen verpflichtet sein — wenn nicht der Gläubiger auf Separation [13]) der Erbschaft anträgt, in welchem letzteren Falle denn auch der Eintragung der Generalhypothek auf den Namen des Verstorbenen nichts entgegen zu stehen scheint.

Daß eine nach der Concurseröffnung erfolgende Eintragung in Beziehung auf die Masse gar keine Wirkung mehr hat (mithin vom Hypothekenrichter verweigert werden muß), leidet auch nach dem hannoverschen Gesetze keinen Zweifel. Wenn auch das Gesetz ein richterliches Pfandrecht nicht anerkennt, und die Wirkungen der Concurseröffnung daher nicht mehr auf ein durch letztere entstehendes generelles richterliches Pfandrecht [14]) am Vermögen des Gemeinschuldners zurückgeführt werden dürfen [15]), so läßt sich doch, da, so lange die Eintragung nicht erfolgte, nur eine Obligation auf Einräumung eines dinglichen Rechtes besteht, ein Vorzug dieser Obligation vor anderen Obligationen z. B. der Obligation auf Uebertragung des Eigenthums in keiner

12) Dies möchte auch praktisch wohl der einzig mögliche Weg sein. Man denke sich nur die in den Hypothekenbüchern entstehenden Unsicherheiten, wenn es gestattet wäre, nach langen Jahren Hypothek auf den Namen von Verstorbenen einzutragen, wo dann die Erbfälle durch mehrere Generationen hindurch zur Verfolgung der Generalhypotheken untersucht werden müßten.

13) Das hannov. Gesetz § 54 beschränkt die Frist zur Geltendmachung des Beneficium separationis auf zwei Jahre und läßt den Antrag auch nur im Concurse des Erben zu.

14) Vgl. v. Bayer, Concursproceß 6. Aufl., S. 83. Das dürfte übrigens doch die einzige mögliche Begründung der Wirkungen der Concurseröffnung sein.

15) Die Regierungsmotive zum § 6 des Gesetzes nehmen die Ungültigkeit der nach der Concurseröffnung bewirkten Eintragung aus dem Grunde an, daß in der Concurseröffnung eine generelle Beschlagnahme des Vermögens zu befinden sei. Was bedeutet aber eigentlich eine „Beschlagnahme"? Giebt es darüber eine feste und sichere Theorie? Wäre nicht denkbar eine Beschlagnahme, wodurch freilich der Schuldner an Dispositionen verhindert wäre, welche aber ohne Zuthun des Schuldners eintretende rechtliche Veränderungen nicht ausschlösse?

Weise begründen. Soll der Concurs überhaupt eine rechtmäßige Vertheilung der Masse an die Gläubiger ermöglichen, so kann während desselben die Begründung neuer dinglicher Rechte an Massegegenständen oder Vorzugsrechten, sei es mit, sei es ohne Zuthun des Cridars, nicht gestattet sein.

Der Vorbehalt des Eigenthums bei Veräußerung einer unbeweglichen Sache zur Sicherstellung einer Forderung[16]) gilt nach § 13 des Gesetzes fortan nur als Titel zur Erwerbung einer Hypothek (in Beziehung auf das rückständige Kaufgeld).[17]) Da es hier nur um eine gesetzliche Interpretation des Parteiwillens sich handelt, so sagt § 13 des Gesetzes mit Recht: „Dieser Rechtstitel gilt als ein auf ausdrücklicher Willenserklärung beruhender." Möglich wird es übrigens auch nach dem § 13 des Gesetzes sein, das Eigenthum an einem verkauften Grundstücke wirklich vorzubehalten und letzteres zu tradiren. Die Folge ist nur, daß, wenn die Parteien dies wollen — und sie müssen dies dann allerdings ausdrücklich und in unzweifelhafter Weise erklären — eine Umschreibung des Grundstückes auf den Namen des Käufers im Hypothekenbuche nicht stattfindet, dieser keine Hypotheken constituiren kann. Die Regierungsmotive bemerken zu diesem, von den Ständen unverändert angenommenen Paragraphen, ein weitergehendes Recht (als ein gesetzlicher Rechtstitel zur Hypothek) könne in einem geordneten Hypothekenwesen auch dem Vorbehalt des Eigenthums nicht beigelegt werden. Unbedenklich wird die Bestimmung des § 13 auch auf etwa testamentarische oder in Erbverträgen gemachte Eigenthumsvorbehalte angewendet werden müssen.[18])

---

16) § 13 Abs. 1 lautet: „Der nach Eintritt der Wirksamkeit dieses Gesetzes bei der Veräußerung einer unbeweglichen Sache zur Sicherstellung einer Forderung bedungene Vorbehalt des Eigenthums gewährt dem Gläubiger nur einen Rechtstitel zu einer Hypothek an der veräußerten Sache." Das im Texte Gesagte wird auch bei andern Eigenthumsvorbehalten Anwendung finden müssen.

17) Des besonderen Schutzes, den § 38 des Gesetzes diesem Rechtstitel giebt, ist bereits § 15 gedacht worden.

18) Hinsichtlich der vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes bedungenen Eigenthumsvorbehalte bestimmt § 90 „Der zur Sicherstellung einer Forderung bedungene Vorbehalt des Eigenthums an einer unbeweglichen Sache behält auch nach Ablauf des Uebergangsjahres seine bisherige Geltung, falls er bis zum Eintritt der Wirksamkeit dieses Gesetzes in das Hypothekenbuch des nach Verordnung vom 13. Juni 1828 (vgl. oben § 1) zuständigen Gerichts eingetragen ist oder während des Uebergangs-

### b. Die gesetzlichen Titel insbesondere.

## § 11.

„Einen gesetzlichen Rechtstitel haben:

1. die Ehefrau an dem Vermögen des Mannes wegen ihres als Brautschatz eingebrachten Vermögens, insoweit dasselbe nicht in Grundstücken besteht;

2. die Kinder an dem Vermögen ihrer Eltern oder Stiefeltern wegen des der gesetzlichen Verwaltung derselben unterworfenen Vermögens, insoweit dasselbe nicht in Grundstücken besteht;

3. die, welche von einem Vermögen als Erbtheil oder statt eines Erbtheils eine Abfindung (Erbgelder, Abschichtungsgelder, Apanage, Ablage) zu fordern haben wegen dieser Abfindung an dem Vermögen Desjenigen, der die Abfindung zu leisten hat . . .". [1])

Zu bemerken ist hier:

1. Den unter 1 genannten gesetzlichen Titel betreffend, so steht derselbe nur der Ehefrau, nicht auch anderen Personen zu [1a]), welche einen Anspruch auf Rückgabe des Brautschatzes haben sollten, auch nicht der Braut, da diese in dem Gesetze nicht genannt ist, während es nahe lag sie zu erwähnen, falls ihr der gesetzliche Titel gewährt werden sollte, und während sie selbst nach der richtigen Ansicht gemeinrechtlich das gesetzliche Pfandrecht nicht beanspruchen kann. [2]) Der jüdischen

---

jahres in das Hypothekenbuch des nach diesem Gesetze zuständigen Gerichts noch eingetragen oder doch darin vorgemerkt wird; im entgegengesetzten Falle gewährt der Vorbehalt nach Ablauf des Uebergangsjahres nur einen Rechtstitel zu einer Hypothek an der betreffenden unbeweglichen Sache, so lange diese zum Vermögen des Schuldners beziehungsweise desjenigen gehört, der bei Ablauf des Uebergangsjahres Eigenthümer war.

Dasselbe gilt für das Fürstenthum Osnabrück von der Hypothek, die der Verkäufer eines Grundstücks vor der Uebergabe bis zur Bezahlung des Kaufgeldes gerichtlich oder außergerichtlich sich vorbehalten hat . . ."

Der Schlußsatz des § 90 betrifft gleichfalls die Osnabrücksche Concursordnung von 1777. Die betreffenden Bestimmungen desselben sind mitgetheilt von Schneider zum § 90 des Gesetzes.

1) § 14 des Gesetzes.

1a) Käme es übrigens darauf an, so würde der Anspruch auf Bestellung der Hypothek auch den Erben der Frau zustehen; denn dieser Anspruch ist an sich vererblich, wie jeder andere obligatorische Anspruch.

2) Vgl. Dernburg I. S. 386. 387.

6*

Ehefrau erkannte die frühere Praxis des höchsten Landesgerichts das gesetzliche Pfandrecht ab, ungeachtet des die Unabhängigkeit des bürgerlichen Rechtes von dem Glaubensbekenntnisse sanctionirenden § 6 des Gesetzes vom 5. September 1848.[3]) Dem neuen Gesetze gegenüber, welches zu irgend einer derartigen Unterscheidung keinen Anlaß giebt, würde eine Zurückstellung der jüdischen Ehefrauen nicht gerechtfertigt werden können. Die Frage, ob auch die putative Ehefrau hier die Rechte der wirklichen Ehefrau in Anspruch nehmen könne, hat wenig praktische Bedeutung; denn die einmal erwirkte hypothekarische Eintragung wird durch den Mangel der Obligation zur Bestellung der Hypothek nicht ungültig, und so lange an der Gültigkeit der Ehe nicht gezweifelt wird, wird auch die Eintragung nicht verweigert werden. Sollte die Frage praktisch werden, so würde meines Erachtens der putativen Ehefrau d. h. einer Frau, die in gutem Glauben eine nichtige Ehe eingegangen ist, der gesetzliche Titel nicht bestritten werden können, wie ihr auch die gesetzliche Hypothek nach der Theorie und Praxis des gemeinen Rechts zugestanden wird.[4])

Das Gesetz redet nur von dem Brautschatze, also hat die Frau keinen Titel wegen der Paraphernalgüter, die etwa der Mann verwaltet; gleichgültig aber ist, ob der Brautschatz aus ihrem Vermögen gegeben wird oder aus dem Vermögen eines Anderen, sofern nur die Frau die zur Rückforderung Berechtigte ist.[5]) Auch nur das wirklich eingebrachte Vermögen berechtigt zur Hypothekforderung, nicht etwa eine nur versprochene, von dem Manne nicht beigetriebene Dos. Das Gesetz sagt am Schlusse des Paragraphen ausdrücklich, der gesetzliche Rechtstitel werde mit dem Einbringen des Vermögens erworben. Der Fundus dotalis ist nach dem gemeinen, in Hannover geltenden Rechte unveräußerlich, und bedarf es deßhalb keiner Sicherstellung der Frau. Ist aber ein Fundus venditionis causa ästimirt und zur Dos gegeben, so greift bezüglich dieser durch Aestimation festgesetzten Summe der ge-

---

3) Vgl. Grefe I. S. 322 u. Erkenntniß des I. Senats v. 20. Mai 1864. Tribunalsentscheidungen VI. Nr. 32.

4) Vgl. Dernburg I. S. 388.

5) Die Worte des Gesetzes „wegen „ihres“ als Brautschatz eingebrachten Vermögens“ können nicht urgirt werden; denn der Ehefrau gehört während der Ehe der Brautschatz überhaupt nicht.

setzliche Titel Platz.[6] Der Ehefrau steht übrigens nach § 61, 3) des Gesetzes noch ein Privilegium exigendi im Concurse zu.

2. Der gesetzliche Titel der Kinder bezieht sich auf alles, der gesetzlichen Verwaltung der Eltern unterliegende, nicht in Grundstücken bestehende Vermögen. Der Ursprung des Vermögens ist gleichgültig[7], ebenso ob etwa der Vater nur die Verwaltung oder kraft der väterlichen Gewalt Verwaltung und Nießbrauch hat.[8] Der gesetzliche Titel wird dagegen nicht vorhanden sein, wenn die Verwaltung auf vertragsmäßiger Gutgemeinschaft beruht. Der gesetzliche Titel wird nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes existent mit dem Eintritte des Rechts auf die Verwaltung, nicht etwa erst insofern der Ascendent das Vermögen thatsächlich in Gewahrsam bekommt, da das Recht auf die Verwaltung zugleich die Verpflichtung, dieselbe thatsächlich zu beginnen, in sich schließt.

3. Der unter 3 bezeichnete gesetzliche Titel findet nicht nur dann statt, wenn die Abfindung auf unmittelbarer gesetzlicher Bestimmung beruht, sondern auch dann, wenn die betreffenden Personen auf ihren Erbtheil freiwillig verzichten und statt dessen mit einer Abfindung sich begnügen. Auf ständischen Antrag sind, um dies klar zu stellen, die Worte „als Erbtheil oder statt eines Erbtheils" eingeschoben worden. Dies war aus dem Grunde auch zweckmäßig, weil vielleicht in manchen Gegenden, wo ein Gut bei einem der mehreren Erben herkömmlich verbleibt, die stricte Verpflichtung dazu zweifelhaft sein mag. Dieser gesetzliche Titel wird erworben mit dem Rechte auf die Abfindung, nicht etwa erst mit der Fälligkeit der letzteren. Er erstreckt sich übrigens nicht nur, wie der Regierungsentwurf[9] beabsichtigte, auf das Gut, von welchem die Abfindung stattfindet, sondern auf das gesammte Vermögen des Abfindenden, auf welches daher auch eine Generalhypothek eingetragen werden kann.

Das Gesetz bemerkt übrigens bezüglich dieses Titels ausdrücklich:

---

6) Vgl. auch Heyne I. S. 112.

7) Nach gemeinem Rechte greifen hier beim Legalpfande der richtigen Ansicht nach Unterscheidungen Platz. Vgl. Dernburg I. S. 378.

8) Ueber das gemeine Recht siehe Dernburg a. a. O.

9) Hier hieß es „an dem Vermögen, auf welchem die Abfindungslast haftet".

„Es verbleibt übrigens den Abfindungen die Natur einer Reallast, in sofern sie diese nach dem bestehenden Rechte haben. [10]“

Von sämmtlichen gesetzlichen Titeln gilt:

1. Die Erfordernisse für die Eintragung einer Hypothek gelten für die Eintragung auf Grund eines gesetzlichen Titels nicht minder als für die Eintragung auf Grund einer sonstigen Verpflichtung zur Hypothekbestellung, insbesondere kann also ohne die Anerkennung des Verpflichteten in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde nur die Vormerkung, nicht die Eintragung erfolgen, und ebenso bedarf es (auch für die Vormerkung) der Angabe eines bestimmten Maximalbetrags.

2. Das Gesetz trifft keine Bestimmungen darüber, unter welchen Voraussetzungen der Verpflichtete etwa die Befreiung einzelner Vermögensstücke von der Hypothek, beziehungsweise die Löschung derselben verlangen kann. Der Natur der Sache dürfte Folgendes entsprechen:

a. Der Berechtigte kann die Eintragung und beziehungsweise [11] Vormerkung der Hypothek auf alle Vermögensgegenstände des Verpflichteten durchsetzen; der letztere kann aber beweisen, daß eine beschränktere Eintragung die Interessen des Berechtigten genügend sicher stellen würde und dadurch entweder anfangs die weitere Eintragung hindern oder die Löschung der etwa vorgenommenen Eintragung insoweit später noch erwirken. Der Streit, insoweit er die wirkliche Eintragung, beziehungsweise der Löschung betrifft, wird dabei nur im Proceßwege entschieden werden können, und hierbei rücksichtlich der Höhe der Forderung die Beweislast den Berechtigten, rücksichtlich der Sufficienz der Pfandobjecte die Beweislast den Verpflichteten treffen. [12] Der Anspruch auf

---

10) So ist z. B. die vom Vater bestimmte Ablage von dem mit dem Meiergute verbundenen Allodium, Reallast, vgl. Busch, Beiträge zum Meierrechte im Fürstenthum Hildesheim. 1855. S. 147.

11) Die Eintragung erfolgt, sobald Rechtstitel und Maximalbetrag vom Verpflichteten anerkannt sind. Vgl. § 76 des Gesetzes.

12) Vgl. auch königl. sächsisches bürgerl. Gesetzbuch § 397: „Die Eintragung einer Hypothek vermöge gesetzlichen Rechtsgrundes wird durch den Einspruch des Eigenthümers nicht gehindert. Derselbe kann über seine Einwendungen, insbesondere auch, daß die Forderung gar nicht oder nicht nach dem behaupteten Betrage bestehe, oder daß mehr Grundstücke als nöthig belastet seien, ausführen und die gänzliche oder theilweise Löschung der Hypothek verlangen. Ist die Forderung streitig, so trifft die Beweislast Denjenigen, welcher den gesetzlichen Rechtsgrund geltend gemacht hat. Daß eine beschränktere Sicherstellung genügend sei, hat der Eigenthümer zu beweisen.“

Hypothekbestellung unterscheidet sich hier nicht von allen anderen obligatorischen Ansprüchen: Wer ihn geltend macht, muß auch seine Höhe beweisen. Damit aber hat er auch fundatam intentionem bezüglich des gesammten Vermögens des Verpflichteten, da das Gesetz ihn nicht auf bestimmte einzelne Vermögensstücke des letzteren beschränkt. Daß der Anspruch bezüglich einzelner Vermögensgegenstände cessire, beziehungsweise auf einige zu beschränken sei, zu beweisen, ist Sache des Verpflichteten, der dazu auch weit eher, als der Gegner zu dem entgegengesetzten Nachweise in den Stand gesetzt ist.

b. Dem Verpflichteten wird das Recht zugestanden werden müssen, auch insoweit er mit der vorgenommenen Eintragung sich einverstanden bezeigte, später Löschung zu verlangen, falls er anderweit genügende hypothekarische Sicherheit anbietet oder nachweis't, daß die anfangs bestellte hypothekarische Sicherheit, z. B. wegen erfolgter nachhaltiger und sicherer Werthserhöhung der betreffenden Objecte, ohne den Berechtigten zu gefährden, beschränkt werden könne.[13] Die selbst freiwillige, nicht durch Urtheilsspruch erzwungene Erfüllung einer gesetzlichen Verbindlichkeit verwandelt diese nicht in eine vertragsmäßige[14]), und erstere kann nur auf genügende Sicherheit gehen. Der Verpflichtete hat daher jeder Zeit ein Recht auf Aenderung der Hypothek unter obiger Voraussetzung, und dies entspricht auch der Billigkeit, da die Eintragung auf Grund eines gesetzlichen Titels ohnehin für den Verpflichteten bedrückend ist und ohne jenes Recht der Aenderung leicht zu einer directen Schädigung des Verpflichteten ausschlagen müßte. Dagegen wird umgekehrt auch von dem Berechtigten eine nachträgliche Erhöhung der anfangs angenommenen Sicherheit gewährt werden müssen, wenn entweder das sicherzustellende Vermögen sich erheblich vergrößert oder

---

13) Anderer Meinung Heyne Comment. I. S. 233. 234. Das sächsische Gesetzbuch § 419 (und ebenso das frühere Hypothekengesetz § 57) enthält indeß eine Bestimmung, wonach auch bei vertragsmäßig eingetragenen Hypotheken bei Dismembrationen der Gläubiger in die Löschung willigen muß, wenn wegen verhältnißmäßiger Geringfügigkeit der Forderung oder des abzutrennenden Gegenstandes kein Nachtheil für ihn zu befürchten ist.

14) Die Annahme der entgegengesetzten Ansicht muß praktisch dazu führen, daß die erstmalige Eintragung vielen Weiterungen begegnet und die Sicherheit der Berechtigten mehr beschränkt wird, als wenn man nachträgliche Beschränkungen noch zuläßt.

aber der Verpflichtete erst nachher Gegenstände erwirbt, die eine ausreichende hypothekarische Sicherheit gewähren. Eine andere als hypothekarische Sicherheit braucht aber abgesehen von dem Falle eines besonderen Vertrags weder angenommen noch geleistet zu werden.

c. Ueber den Maximalbetrag, bis zu welchem, sowie über die der Hypothek zu unterwerfenden entscheidet in Ermangelung einer Einigung der Betheiligten das richterliche Ermessen.[15] [16]

Rücksichtlich der Legitimation zur Stellung des Antrags auf Eintragung (bezw. Vormerkung) bestimmt § 15 des Gesetzes:

„Volljährige Hauskinder sind zur Erwirkung der Eintragung auf Grund eines gesetzlichen Rechtstitels selbst berechtigt.

„Für minderjährige Hauskinder, die nicht unter Vormundschaft oder Curatel stehen, kann die obervormundschaftliche Behörde bei entstehenden Zweifeln über die Sicherheit ihres im § 14 unter 2 bezeichneten Vermögens behuf der etwaigen Geltendmachung des ihnen zustehenden gesetzlichen Rechtstitels einen Curator bestellen.

„Zur Erwirkung der Eintragung auf Grund des einer minderjährigen Ehefrau zustehenden gesetzlichen Rechtstitels ist auch der Vater derselben berechtigt."

Was dieser Paragraph von der Legitimation gegenüber dem Hypothekenrichter sagt, wird auch von der Proceßführung behuf Einwirkung der Eintragung gelten müssen. Das Hauskind kann also, wenn es volljährig ist, mit dem Vater darüber Proceß führen. Der Vater der minderjährigen Ehefrau hat das Recht auch ohne Einwilligung der Tochter; aber er wird ohne Einwilligung der letzteren nicht die Löschung der einmal der Tochter erworbenen Hypothek erwirken können.[16a]

---

15) Vgl. auch Heyne I. S. 233.

16) Der Entwurf von 1862, § 17, enthielt Bestimmungen, die theilweise mit den im Texte gezogenen Resultaten übereinstimmten. Wenn dieser Paragraph damals gestrichen wurde, so ist zu bemerken, daß allerdings dazu wohl der Umstand Anlaß gegeben hat, daß das richterliche Ermessen zu sehr beengt wurde, und daß der Berechtigte unter Umständen mit anderer als hypothekarischer Sicherheit zufriedengestellt werden sollte.

16a) § 15 des Gesetzes bestimmt im ersten Absatze außerdem: „Vormünder und Curatoren sind verpflichtet, für ihre Pflegebefohlenen auf Grund des demselben zustehenden gesetzlichen Rechtstitels die Eintragung zu erwirken; nur mit Genehmigung der Obervormundschaft, bezw. der Obercuratel sind sie berechtigt, dieses

(Er hat das Recht übrigens ohne Rücksicht auf eine sonst ihm anvertraute oder gesetzlich zustehende Vermögensverwaltung und macht sich, wenn er davon Gebrauch zu machen unterläßt, in keiner Weise verantwortlich.)

## 2. Die Eintragung.

### § 12.

I. Ueber den Inhalt der Eintragung einer Hypothek giebt das Gesetz keine besonderen Vorschriften:

A. Angabe des Gegenstandes, auf welchem, oder der Gegenstände, auf welchen die Hypothek haften soll, ist wesentlich. Nur da, wo ein Specialpfandbuch mit Realfolien geführt wird, bezieht selbstverständlich jede Eintragung sich auf das in dem betreffenden Folium beschriebene Grundstück, und eine Eintragung in ein Generalhypothekenbuch wo ein solches abgesondert geführt wird, ist immer eine Generalhypothek an dem Vermögen der betreffenden Person. Dagegen muß auch auf den Folien der Hausbesitzer, obwohl erstere nach den Hausnummern bezeichnet werden, immer noch das Pfandobject in der Eintragung angegeben werden, selbst wenn es nur in dem betreffenden Hause (dem Gute) bestehen sollte, da das Folium als „Personalfolium" auch zur Aufnahme anderer Hypothekbestellungen z. B. an dem gesammten Vermögen oder an einzelnen Ackerstücken dienen kann und dient. [1])

B. Angabe der Summe [2]), für welche die Hypothek bestellt wird, ist gleichfalls wesentlich. Ein Mangel in einer dieser beiden Beziehungen muß die Eintragung unwirksam machen.

C. Die Angabe der Forderung, für welche die Hypothek haftet, kann zwar insofern für wesentlich erachtet werden, als ohne den Beweis, daß die Hypothek für eine bestimmte Forderung bestellt worden, nach dem hannoverschen Gesetze, welches in Uebereinstimmung mit dem

---

nicht zu thun." Diese Vorschrift gehört, genau genommen, nicht in die Hypotheken-, sondern in die Vormundschaftsordnung, obwohl ihre Aufnahme in das Pfandgesetz aus praktischen Gründen geboten war.

1) Vgl. auch das Formular unten S. 132.

2) Und beziehungsweise des Zinsfußes, vgl. oben S. 61.

gemeinen römischen Rechte die Hypothek als ein Accessorium der Forderung behandelt, eine Hypothek nicht geltend gemacht werden kann. Indeß wäre immerhin denkbar, daß der freilich sehr schwierige Beweis geführt würde, es sei eine bestimmte Hypothek für eine bestimmte nicht dabei bezeichnete Forderung bestellt worden, und dann möchte der Geltendmachung der Hypothek nichts entgegenstehen.[2a]) Nur zu dem Zwecke zu wissen, auf welche Forderung sich die Hypothek bezieht, nicht um die Forderung selbst aus dem Hypothekenbuche vollständig erkennen zu lassen, erfolgen denn auch die Eintragungen factisch in Hannover. Es wird der Name des Gläubigers (mit Stand und Wohnort) angegeben und dann auch bei vertragsmäßigen Hypotheken auf das Schulddocument Bezug genommen.

D. Die Zeit der Eintragung muß aus dem Hypothekenbuche erhellen. Die genaue Angabe des Datums ist nach dem Formular der Ausführungsbekanntmachung vorgeschrieben und diese Vorschrift wohl ohne Weiteres auch nach dem Gesetze als selbstverständlich zu betrachten. Wäre aber die Beifügung des Datum vergessen worden, so würde die Eintragung, vorausgesetzt, daß über deren Authenticität und über deren Qualität als richterlicher Amtshandlung kein Zweifel wäre, gleichwohl nicht als nichtig betrachtet werden dürfen.[3]) Denn unter der bemerkten Voraussetzung ist das Datum nur für die Bestimmung des Alters der Hypothek von Bedeutung, dieses letztere aber bestimmt sich schon nach der Reihenfolge der Eintragungen in dem Hypothekenbuche.[4])

II. Die geschehene Eintragung wird (dem Antragsteller)[5]) bescheinigt. Die Bescheinigung soll nach § 81 des Gesetzes enthalten die Bezeichnung des Hypothekenbuchs, sowie der betreffenden Stelle und außerdem den Inhalt der Eintragung ergeben. Eine wörtliche Abschrift des Eintrags ist dadurch nicht vorgeschrieben. Es genügt z. B. auch was die Forderung und deren Betrag betrifft, Bezugnahme auf die vor-

---

2a) Ein Interesse nachstehender Gläubiger wird nicht verletzt. Diese wissen, daß eine bestimmte Forderungssumme ihnen vorgehe, und darauf kommt es, was die Gültigkeit der Eintragung betrifft, allein an.

3) Z. B. es wäre auf der betreffenden Schuldurkunde die Eintragung als an einem bestimmten Tage geschehen bezeugt worden.

4) Vgl. § 24 des Gesetzes und unten § 17.

5) D. h. dem, der die betreffende Urkunde, das vollstreckbare Urtheil, überreicht.

stehende Schuldurkunde, und in dieser Form erfolgte früher die Bescheinigung häufig, und so ist es zuweilen auch wohl noch[6]), nur daß jetzt, wie es scheint, der Schuldner, der Gläubiger, die betreffende Summe und Zinsfuß und die Pfandobjecte daneben noch besonders pflegen angegeben zu werden. Nach § 38 der Ausführungsbekanntmachung soll die Stelle des Hypothekenbuchs nach Abtheilung, Band, Seitenzahl, sowie auch nach der laufenden Nummer bezeichnet werden, unter welcher auf dem Folium sich die Eintragung findet. Eine Aufführung der betreffenden Hypothek vorgehenden Hypotheken ist in Hannover nicht üblich und könnte auch bei der Einrichtung der Bücher bedenklich sein.[6a])

III. Die Wirkung der Eintragung ist, vorausgesetzt, daß eine Forderung existirt oder existent wird, die Constituirung des Pfandrechts und diese Constituirung muß auch nach hannoverschem Rechte als unabhängig von der Gültigkeit der Verpflichtung zur Bestellung (Rechtstitel) betrachtet werden[7]), sofern nur der Hypothekbesteller den Willen hatte, die Hypothek zu bestellen; denn die Eintragung ist ein Formalact.

### 3. Die Vormerkung.

### § 13.

Die Eintragung einer Hypothek setzt gewisse formelle, für den Credit des öffentlichen Buches nothwendige Erfordernisse des Antrags

---

6) „Vorstehende Obligation ist auf Nr. 2. Fol. 20. T. IV. des Hypothekenbuchs für die Ortschaft X. unter dem heutigen Tage eingetragen.

Z. d. 4. Januar 1868.

Königliches Amtsgericht.

(Siegel.) (Unterschrift.)"

6a) Eine mir vorliegende Abschrift einer Eintragung bei zwei verschiedenen Amtsgerichten lautet:

„Eingetragen am heutigen Tage in das Amtsgerichts-Hypothekenbuch Bezirk 4. Abth. 1. Bd. 1. fol. 1. pag. 1. und auch wegen des Domicils in X. Bez. 1. Abth. 1. fol. 30.

Schuldner X.

Gläubiger Y.

Schuldforderung von 1000 Thlr. Darlehen zu 5% Zinsen. Hypotheken: gesammtes Vermögen des Schuldners, außerdem: Fabrik u. s. w.

Datum. Unterschrift. Siegel.

7) Vgl. auch bayer. Hypothekengesetz § 16; anders bei der gemeinrechtlichen formlosen Pfandbestellung. L. 2 D. quae res pign. 20, 3.

auf Eintragung voraus, welche von Demjenigen, der ein materielles Recht auf die Constituirung der Hypothek hat, nicht immer sogleich erfüllt werden können. Er würde also leicht um dieses Recht gebracht werden können, wenn nicht eine provisorische Eintragung gestattet wäre, welche weniger strenge Erfordernisse voraussetzt. Diese provisorische Eintragung ist die Vormerkung. Die Theorie der Vormerkung läßt sich so zusammenfassen:

1. Die materiellen Voraussetzungen zur Eintragung müssen behauptet werden [1]; es braucht aber nicht der formelle Beweis geführt zu werden, vielmehr genügt Bescheinigung und als solche kann unter Umständen, z. B. da, wo es auf die Bestimmung eines Maximalbetrags ankommt, auch die glaubhafte Angabe des angeblich Berechtigten angesehen werden. [1a] Zu den materiellen Voraussetzungen gehört aber auch, daß Derjenige, gegen den ein Rechtstitel auf Eintragung geltend gemacht wird, bereits gegenwärtig Eigenthümer des Pfandobjects sei, nicht aber — nach hannoverschem Rechte, soweit nicht etwa das besondere Recht einzelner Orte (Städte) Platz greift — daß er als Eigenthümer (Besitzer) im Hypothekenbuche vermerkt sei. Es kann also nach hannoverschem (gemeinem) Rechte eine Hypothek auch vorgemerkt werden, wenn auf dem Folium noch der Rechtsvorgänger als Besitzer angeführt ist, sofern der erfolgte Uebergang des Eigenthums wahrscheinlich gemacht ist.

2. Die Wirkung der Vormerkung ist, daß die später erfolgende

---

1) Werden die materiellen Voraussetzungen der hypothekarischen Eintragung nicht vollständig behauptet, so muß auch der Antrag auf Vormerkung abgewiesen werden.

1a) § 34 des Gesetzes: „Stehen der Eintragung einer Hypothek noch Hindernisse entgegen, so ist die Hypothek auf Verlangen des Betheiligten im Hypothekenbuche vorzumerken, wenn nur wenigstens die Forderung, für welche die Hypothek begehrt wird (vgl. § 16) und der Rechtstitel der letzteren bescheinigt ist.

Als eine zur Vormerkung genügende Bescheinigung gilt das in dem § 76 bezeichnete Urtheil, wenn dasselbe nur vorläufig vollstreckbar ist." Im § 16 des Gesetzes ist von der nothwendigen Veranschlagung der Forderung zu einem bestimmten Geldbetrage die Rede.

Die Regierungsmotive führen das Beispiel der Zulässigkeit der Vormerkung an: „Es fehlt z. B. noch an der vollständigen Berichtigung des Legitimationspunktes oder der Schuldner zögert, die mit einem gesetzlichen Rechtstitel versehene Forderung oder doch den vom Gläubiger behaupteten Betrag anzuerkennen."

definitive Eintragung so angesehen wird, als sei sie zu der Zeit und an der Stelle der Vormerkung bereits eingetragen. [2]) Daraus folgt auch: a. Die Eintragung kann auch gegenüber einem Singularsuccessor Desjenigen verlangt werden, der zur Zeit der Vormerkung Eigenthümer war, und der Rechtsstreit über das Recht auf Eintragung gegen den früheren Eigenthümer verbindet auch den späteren. [3]) Der Hypothekenrichter wird daher ohne Weiteres einzutragen haben, wenn ein vollstreckbares gegen den Vorbesitzer gerichtetes Urtheil oder die erforderliche Zustimmung des letzteren beigebracht wird. [4]) b. Die Eintragung kann auch nach eröffnetem Concurse noch mit Gültigkeit geschehen. [5]) Da übrigens nach hannoverschem Rechte die Eintragung nicht zu Gunsten eines dritten gutgläubigen Erwerbers die Hypothek unbedingt wirksam macht, hat sie nur insofern Bedeutung, als nicht die besonderen Gründe, aus denen die Löschung der Vormerkung verlangt werden kann, der wirklichen Eintragung gegenüber Platz greifen, und factisch der Credit und Werth einer eingetragenen Hypothek ein besserer ist.

3. Die Vormerkung ist nur eine provisorische Eintragung, welche auf unvollständige Beweismittel (Bescheinigung) vorgenommen wird und deßhalb leicht zu Unrecht geschehen kann, in diesem Falle aber den Credit des betreffenden Besitzers schädigt. Dem letzteren muß daher

---

2) § 35 des Gesetzes: „Wird die vorgemerkte Hypothek später eingetragen, so hat sie dieselbe Geltung, als ob sie schon zur Zeit der Vormerkung eingetragen wäre."

3) Dieser wird sein Interesse durch Intervention schützen können.

4) Vgl. königl. sächs. bürgerl. Gesetzb. § 406: „Die Wirkung einer Vormerkung geht auf den später eingetragenen Eigenthümer des Grundstücks, welcher dasselbe auf andere Weise als durch Zwangsversteigerung erworben hat, über; er muß sich nach erfolgter Beseitigung des entgegenstehenden Hindernisses oder Mangels die Eintragung der vorgemerkten Forderung gefallen lassen."

5) Nimmt man an, daß die Concursgläubiger durch die Concurseröffnung ein allgemeines Pfandrecht an der Masse erhalten, so ist dies von selbst einleuchtend; denn gegen spätere Pfandrechte soll gerade die Vormerkung schützen. Die moderne Theorie der Beschlagnahme, der auch der hannoversche Gesetzgeber gefolgt ist, läßt das freilich im Unklaren. Doch folgt es wohl aus der besonderen Bestimmung des § 35. Der wesentlichste Nutzen der Vormerkung geht auch verloren, wenn sie im Concurse nicht gelten soll. Die Bestimmungen der modernen Gesetzgebungen lauten übrigens verschieden. Während nach dem bayerischen Gesetz § 74 und dem würtembergischen Art. 78 die Vormerkung auch im Concurse wirksam ist, verhält es sich nach dem sächsischen Gesetzbuche umgekehrt.

die Beseitigung der Vormerkung erleichtert werden. Das hannoversche Gesetz bestimmt zu diesem Zwecke im § 36:

„Eine Vormerkung wird auf Antrag des Pfandschuldners bezw. des Pfandbesitzers [6]) gelöscht:

1. wenn Derjenige, zu dessen Gunsten sie eingetragen ist, mit der Löschung sich einverstanden erklärt [7]);

2. wenn in dem Rechtsstreit über den Anspruch auf die Hypothek der Pfandbesitzer von der Instanz entbunden [8]) und die regelmäßige Einspruchsfrist [9]) ungenutzt abgelaufen oder der Anspruch auf die Hypothek rechtskräftig abgewiesen ist;

3. nach Ablauf von drei Monaten seit Eintragung der Vormerkung, wenn nicht dem Gerichte die Rechtshängigkeit des Anspruchs auf die Hypothek nachgewiesen oder die gegen dasselbe wegen der verweigerten Eintragung der Hypothek erhobene Beschwerde noch unerledigt ist.

Uebrigens versteht es sich wohl von selbst, daß unter denjenigen

---

6) Beide müssen hier als legitimirt erachtet werden, wenn sie verschiedene Personen sind. Wer die Vormerkung erwirkt, macht einen Anspruch gegen den früheren Besitzer geltend und verletzt zugleich das Recht des späteren Besitzers, falls der Anspruch unbegründet ist.

7) Auf diese Löschung wird die Vorschrift des § 75 bezogen werden müssen: „Rechtsgeschäfte, auf deren Grund die Eintragung einer Hypothek der Cession einer hypothekarischen Forderung, einer Löschung oder einer der Hypothek nachtheiligen Aenderung ihres Ranges vorgenommen werden soll, müssen durch öffentliche oder doch mit öffentlich beglaubigter Unterschrift versehene Urkunden nachgewiesen werden." Allerdings ist die Erwirkung der Vormerkung einer Hypothek leichter, als die Erwirkung einer Eintragung; aber die vorgemerkte Hypothek ist, so lange sie besteht, nach hannoverschem Rechte eine wirkliche hypothekarische Eintragung, und ihre Löschung kann den Gläubiger ebenso schädigen wie die Löschung einer definitiven Eintragung. Eine bloße Bescheinigung der Einwilligung reicht also nicht aus. Dagegen kann die Vorschrift des § 79 nicht unbedingt auf vorgemerkte Hypotheken Anwendung finden, da es oft factisch an einer Original-Schuldurkunde, z. B. im Falle der Vormerkung auf Grund eines gesetzlichen Titels, fehlen wird.

8) Vgl § 367 der hannoverschen Proceßordnung: „Wenn in der zur mündlichen Verhandlung der Sache bestimmten Sitzung . . . der Kläger gar nicht oder doch nicht gehörig vertreten erscheint, so ist der Beklagte auf seinen Antrag von der Instanz zu entbinden . . ." Vgl. auch § 370 daselbst.

9) Diese beträgt nach § 158 der Proceßordnung in amtsgerichtlichen Sachen eine Woche, in sonstigen Sachen zwei Wochen, angerechnet von der Behändigung der Ungehorsamsverfügung an die Partei.

Voraussetzungen, unter denen die Löschung einer wirklich eingetragenen Hypothek erfolgen kann, auch die Löschung einer nur vorgemerkten Hypothek zulässig sein muß (vgl. überhaupt unten § 20). Streitigkeiten über die Zulässigkeit einer Vormerkung, nicht aber einer Löschung, abgesehen von den im § 36 des Gesetzes vorgesehenen besonderen Fällen, gehören in den Beschwerde- und nicht in den Proceßweg. Das Gesetz erwähnt in den §§ 34—36 des letzteren nicht, und von selbst versteht er sich nicht[10], um so weniger, als die Hereinziehung des Proceßrichters bei einer nur provisorischen Eintragung ohne wesentlichen Nutzen, vielmehr die dabei unvermeidlichen Weitläufigkeiten den Berechtigten oft gefährden müssen.

Andere provisorische Eintragungen als die einer Hypothek kennt das hannoversche Gesetz nicht, ebensowenig Protestationen[11], die in den modernen Gesetzen oft mit den Vormerkungen zusammengestellt werden oder doch neben ihnen vorkommen.[12] Die in einigen Landestheilen und Orten vorkommenden Protestationen, wodurch ohne Weiteres auch auf Antrag nur chirographarischer Gläubiger das Folium geschlossen werden konnte[13], sind durch § 85 des Gesetzes aufgehoben. Der mit

---

10) § 22 des neuen preuß. Entwurfs fordert freilich die Vermittlung des Proceßgerichts für die Vormerkung. Die Motive dürften aber nicht zutreffend sein. Die Vormerkung ist nicht eine arrestatorische Maßregel (Protestation in diesem Sinne), sondern eine provisorische Eintragung, und warum soll was von der Befugniß zur definitiven Eintragung gilt, nicht ebenso hier auch von der Befugniß zur provisorischen gelten? Eine bloße Eintragungsmaschine ist doch auch der Hypothekenrichter nicht.

11) Die Protestation hat nur die negative Wirkung, daß nichts dem Protestirenden Nachtheiliges (vorausgesetzt, daß er seine Rechte darthue) in das öffentliche Buch eingetragen werde, der Vormerkung kommt auch eine positive Wirkung zu.

12) In Preußen bezeichnet man die Vormerkung als Protestatio pro conservando jure et loco. Vgl. Koch, Lehrb. d. preuß. Privatrechts I. § 380 zu Anm. 16 ff. Ueber die Theorie der Protestationen und Vormerkungen vgl. namentlich Heyne, Erörterungen aus dem Grundeigenthums- u. Hypothekenrechte. 1847. S. 48 ff. Vgl. würtemberg. Pfandgesetz Art. 74 ff., kön. sächs. bürgerl. Gesetzbuch § 143. Das hannoversche Gesetz bedarf der Protestationen in dem Sinne des modernen Hypothekenrechts nicht, weil es dessen Publicität im strengen Sinne nicht kennt.

13) Vgl. z. B. Verordnung für die Herzogthümer Bremen u. Verden wegen Einführung eines Protestationsbuches v. 7. April 1769 § 2 (Ebhardt, Sammlung der Verordnungen f. d. Königreich Hannover aus der Zeit von 1813. I. S. 286 ff.)

der Eröffnung des Concurses verbundene allgemeine Arrest bedarf zu seiner Wirksamkeit gegenüber späteren hypothekarischen Einträgen der Bemerkung im Hypothekenbuche nach hannoverschem Rechte nicht. Doch ist die letztere vorgeschrieben (§§ 613. 573. der Proceßordnung).

---

# III. Wirkungen der Hypothek.

## A. Materielle Rechte des Gläubigers.

### § 14.

Ueber die materiellen Wirkungen der bestellten Hypothek enthält das hannoversche Recht nur vereinzelte besondere Bestimmungen. Im Allgemeinen gilt das gemeine römische Recht.

A. Die Hypothek umfaßt:

1. alle Theile und Accessionen des Pfandobjects, wie nach gemeinem Rechte [1], und zwar durchbricht die Erstreckung der Hypothek auf die Pertinenzstücke bei untheilbaren Gütern, wie oben § 5 Anm. 5 bemerkt ist, nach dem hannoverschen Gesetze sogar den Satz, daß nur in foro rei sitae gültig verpfändet werden kann. Sobald indeß ein bisheriger Theil einer unbeweglichen Sache zu einer selbständigen beweglichen Sache gemacht ist, erlischt die Specialhypothek, welche nur unbewegliche Sachen trifft [2];

2. die Früchte der Pfandsache, diese indeß aus dem letzterwähnten Grunde in beschränkterem Umfange, als nach gemeinem Rechte. Denn hiernach kann die Erstreckung des Pfandrechts auf die Früchte, soweit sie Eigenthum des Verpfänders werden, auch jedenfalls nur auf den präsumtiven Willen des letzteren gegründet werden. [2a] Dieser aber

---

1) Vgl. darüber z. B. Arndt's Pandekten § 368. Windscheid I. § 226. Dernburg I. S. 431 ff.

2) Bezüglich der Generalhypothek vgl. oben.

2a) Vgl. über diese Controverse Dernburg I. S. 438 ff. v. Vangerow Pandekten I. § 370. Anm. 1. Arndts § 368. Göppert, Ueber die organischen Erzeugnisse, 1869, S. 371 ff.

vermag nach hannoverschem Rechte ein Specialpfandrecht durch Hypothek nicht zu begründen. Nur die zur Zeit der Anstellung der Pfandklage, beziehungsweise der Eröffnung des Concurses noch nicht separirten natürlichen Früchte sind daher zur Befriedigung des Gläubigers zu verwenden. 3) Bei bürgerlichen Früchten, soweit solche nicht aus Contracten gewonnen werden, die den Pfandgläubiger nicht binden, muß die Fälligkeit derselben vor oder nach Anstellung der Pfandklage, bezw. vor oder nach Eröffnung des Concurses entscheiden. 4) An Mieth- und Pachtverträge des Eigenthümers ist der Pfandgläubiger nach dem gemeinen in Hannover geltenden Recht nicht gebunden; es kann aber der Vertrag fortgesetzt werden, und erfolgt dann Zahlung des Pacht- und Miethgeldes zum Besten der Pfandgläubiger.

3. nach specieller Vorschrift des hannoverschen Gesetzes § 18 auch die von einer Versicherungsanstalt zu zahlenden Brandentschädigungsgelder:

„Ist ein Gebäude 5) verpfändet, so umfaßt die Hypothek auch den Anspruch auf die von einer Brandversicherungsanstalt 6) wegen stattgehabter Beschädigung oder Zerstörung des Gebäudes zu zahlenden Entschädigungsgelder.

Eine Verpfändung oder eine Cession dieses Anspruchs ist den Hypothekengläubigern gegenüber unwirksam.

Ist der Versicherungsanstalt von der Verpfändung des Gebäudes durch den Versicherten oder durch den Hypothekengläubiger Anzeige gemacht, so dürfen die Versicherungsgelder nur mit Zustimmung des letzteren an den Versicherten ausgezahlt werden.

---

3) Vgl. auch kön. sächs. bürgerl. Gesetzb. § 414. Preuß. Entwurf § 28. Der Ausdruck, daß die Hypothek diese Früchte ergreife, ist ungenau. Ergriffen von der Specialhypothek werden nur unbewegliche Sachen. Die Früchte werden mit der Pfandklage gefordert.

4) Vgl. sächs. Gesetzb. § 415.

5) Die Vorschrift wird nicht auf den Fall zu beschränken sein, daß ein Gebäude als solches, z. B. ein Haus in einer Stadt verpfändet ist: sie wird Anwendung finden müssen auch auf den Fall, daß ein Gebäude nur als Pertinenz eines Gutes in Betracht kommt. Denn abgesehen von der Superficies ist ein Gebäude immer nur als Pertinenz eines Grundstücks verpfändet.

6) Die Vorschriften dieses Paragraphen werden auch auf auswärtige Versicherungsgesellschaften zu erstrecken sein. Das durch inländische Agenten betriebene Geschäft wird der Regel nach ganz im Inlande abgewickelt. Vgl. Bar, d. internationale Privat- u. Strafrecht. S. 239 ff. 263.

Diese Zustimmung darf nicht versagt werden[7], sobald das Gebäude wiederhergestellt oder die Verwendung der Entschädigungsgelder zum Wiederaufbau des Gebäudes auf dem verpfändeten Grundstück sicher gestellt ist.“ [8]

4. In dem Fall, daß mit dem verpfändeten Grundstücke verbundene Realrechte abgelöst werden, sind die Gläubiger durch die ausführlichen Vorschriften der Ablösungsordnung vom 23. Juli 1833 §§ 162—184 wonach ein Edictalverfahren und eventuell gerichtliche Deposition der betreffenden Geldsumme stattfindet, sichergestellt. Bei Ablösungen durch Abtretung von Grund und Boden sollen die Hypotheken an den abgelösten Gerechtsamen auf das Aequivalent stillschweigend übergehen. Ueber die Eintragung der Hypothek auf das Aequivalent sagt das Gesetz nichts. Da die früher meist vom Schuldner mitbestellte Generalhypothek das künftig zu erwerbende Grundvermögen, sofern es in dem betreffenden Gerichtsbezirke lag, mitergriff, war die Eintragung auch hier praktisch von geringerer Erheblichkeit. Nach der kategorischen Vorschrift des neuen Gesetzes könnte es allerdings fraglich erscheinen, ob hier nicht Eintragung erfordert werde. Doch möchte ich die Frage verneinen, wenn das Aequivalent nur als Pertinenz eines anderen Gutes in Betracht kommt (und in demselben Hypothekenbuchbezirke belegen oder das Hauptgut untheilbar ist). Sollte etwa die abgelöste Gerechtsame für sich verpfändet sein, so würde m. E. jetzt jedenfalls Eintragung für erforderlich erachtet werden müssen.

Ist das pflichtige Grundstück mit einer Hypothek belastet, so ist bei Verwandlung der Natural-Reallast in eine Rente Zuziehung des Pfandgläubigers nicht erforderlich: auf Verlangen wird ihm indeß Abschrift des Recesses mitgetheilt. Erfolgt die Entschädigung an den Berechtigten in Grund und Boden, so erlischt die Hypothek an der abgegebenen Fläche, da angenommen wird, es sei der Werth des Pfandobjects, um den Werth der abgetretenen Fläche mindestens gestiegen.

5. Ein allgemeines Expropriationsgesetz besteht für das

---

7) Darauf wird geklagt werden können.

8) Hypothekarische Sicherheit wird nicht gefordert werden können. Es genügt eine Veranstaltung, welche arbitratu boni viri die Wiederherstellung des Gebäudes mit Sicherheit erwarten läßt; so wird unter Umständen Abschluß eines Baucontractes genügen, wenn der Bauunternehmer auch dem Gläubiger gegenüber sich verpflichtet.

Königreich Hannover nicht. Doch hatte bereits das jetzt außer Kraft gesetzte Landesverfassungsgesetz vom 6. August 1840 die Expropriation zu öffentlichen Zwecken als zulässig bezeichnet. Das Gesetz vom 8. September 1840, abgeändert durch Gesetz vom 6. August 1844 und mit diesem durch Gesetz vom 31. Juli 1850 auf die westlichen Landestheile ausgedehnt, regelt die Expropriation zum Zwecke der Anlage von Eisenbahnen. Jetzt normirt die königl. Verordnung vom 19. August 1867, und danach das preuß. Gesetz vom 3. November 1838; erstere hat indeß die früheren Bestimmungen über die Sicherstellung der Realberechtigten bestehen lassen. Nach dem hannoverschen Gesetze vom 8. September 1840 soll die Eisenbahnverwaltung die expropriirten Grundstücke frei von allen Rechten und Ansprüchen Dritter erwerben, wenn und nachdem vor Auszahlung der Entschädigungssumme ein administratives Edictalverfahren und ein Präclusivbescheid (ohne Zulassung der Restitution) statt gefunden hat. Die Verwaltungsbehörde soll, wenn angemeldete Pfandrechte von ihr nicht haben beseitigt werden können, die Acten und Gelder an das zuständige Gericht zum weiteren Verfahren abgeben. Hiernach muß angenommen werden, daß die Hypothek in solchem Falle auch ohne Löschung an dem Grundstück untergeht, dafür aber auf die Entschädigungsgelder sich erstreckt. Im Wesentlichen dieselben Vorschriften enthalten die Gesetze über den Chausseebau vom 20. Januar 1851 §§ 29 ff. über Gemeindewege und Landstraßen, 28. Juli 1851 § 69 „über Anlage von Schifffahrts-Canälen in Häfen und Schiffbarmachung von Flüssen vom 16. September 1846. Einzelnheiten in diesen Gesetzen werden hier nicht in Betracht kommen.[8a])

6. Die für die einzelnen Provinzen des vormaligen Königreichs nach und nach erlassenen G e m e i n h e i t s t h e i l u n g s g e s e t z e[8b]) enthalten die allgemeine Bestimmung, daß die den Interessenten aus der Theilung, den dabei vorkommenden Verkoppelungen und einzelnen Austauschungen zufallenden Aequivalente auch in Ansehung der hypothekarischer Verhältnisse die Eigenschaft des Hauptgutes, welchem die abgefundene Berechtigung zugestanden hat, annehmen.

8a) Vgl. Grefe II. S. 74 ff.

8b) Vgl. z. B. Gemeinheitstheilungsordnung für die Fürstenthümer Kalenberg und Göttingen v. 30. April 1824. § 172, für die Grafschaften Hoya und Diepholz von demselben Tage § 173, für das Fürstenthum Hildesheim von demselben Tage § 172. —

Das Gesetz vom 30. Juni 1842 über die Zusammenlegung von Grundstücken (Verkopplungen) bestimmt in den §§ 42 ff. (ohne daß spätere Modificationen des Gesetzes hierin etwas geändert hätten), daß

a. Pfandrechte, welche, sei es als General-, sei es als Specialhypotheken, auf dem ganzen Umfange eines verkoppelten Guts oder Hofes geruht haben, hinsichtlich der bei der Verkopplung weggegebenen Theile erlöschen, dagegen auf die empfangenen Aequivalente übergehen. Die Obrigkeit hat (vgl. § 103) für die erforderlichen Eintragungen, Umschreibungen und Berichtigungen zu sorgen.

b. ein gleiches Erlöschen solcher Pfandrechte statt finde, wenn und so weit einzelne verpfändete Grundstücke (Streuparcelen) ganz oder theilweise abgegeben werden. Doch soll in solchen Fällen, wenn ein Anderes nicht vereinbart worden, die Hypothek auf ein anderes gleich werthvolles Grundstück wieder gelegt werden. Daß in letzterem Falle es der Eintragung bedarf, dürfte m. E. klar sein.

7. Was dagegen die Theilung des verpfändeten Grundstückes betrifft, so kann dieselbe rechtlich, wie nach gemeinem römischen Rechte[9]), auch in Hannover vom hypothekarischen Gläubiger nicht gehindert werden. Das Gesetz enthält darüber besondere Bestimmungen nicht.[10]) Jeder Theil des verpfändeten Grundstücks haftet aber für die gesammte Pfandschuld und diese Haftung erschwert allerdings factisch die Zersplitterung des Grundstücks ohne Zustimmung des Gläubigers.[11]) Indeß ist ein großer Theil der Landgüter in Hannover noch rechtlich untheilbar[12]), und der Gläubiger kann nach hannoverschem Rechte (wie nach gemeinem) nicht, wie nach manchen neueren Gesetzen der Fall ist[13]), auf die Hypothek an einzelnen Theilen des Grundstückes unter gewissen Voraussetzungen zu verzichten gezwungen werden. Ueber den Fall, wenn mehrere Grundstücke zusammen für eine Forderung verpfändet sind, vgl. unten S. 115.

---

9) Vgl. darüber Dernburg II. S. 6.

10) Anders z. B. kön. sächs. Gesetzb. §§ 419 ff. Nach dem bayerischen Gesetze § 39. Abs. 1. kann bei Gutszertrümmerungen sofort Zahlung der Schuld gefordert werden.

11) Dernburg II. S. 12.

12) Vgl. namentlich Grefe, Hannover's Recht II. S. 111. S. 183 ff. 194. 215.

13) Vgl. preuß. Gesetz v. 3. März 1850, 27. Juni 1860, königl. sächs. Gesetzb. § 419.

Auf die von einer Hagelversicherungsgesellschaft zu zahlenden Gelder hat der Gläubiger nach hannoverschem Rechte keinen Anspruch. Eine darauf bezügliche Bestimmung [14]) des Entwurfs von 1862 wurde von der damaligen ständischen Commission gestrichen. [15])

Ueber die Wirksamkeit besonderer Abreden zwischen dem Gläubiger und Pfandschuldner enthält das hannoversche Gesetz keine Bestimmungen. Einem vertragsmäßigen Veräußerungsverbote wird die dingliche Wirksamkeit wie nach gemeinem Rechte [16]) so auch nach hannoverschem Rechte abgesprochen werden müssen. Die etwa verabredete Antichrese kann nur obligatorische Wirksamkeit äußern, wie dies auch dem gemeinen Rechte schon entspricht. Die dingliche Wirksamkeit würde dem Grundsatze des Gesetzes widerstreiten, daß eine Hypothek nur für bestimmte Geldsummen und daher auch nur für bestimmt normirte Zinsen bestellt werden darf.

Ueber das Verhältniß der Hypothek zu etwa von dem Eigenthümer bestellten oder zu bestellenden Servituten und Reallasten trifft das hannoversche Gesetz keine Bestimmung. Es muß daher im Allgemeinen der gemeinrechtliche Grundsatz Platz greifen, daß in Collision mit dem Pfandrechte das Alter des dinglichen Rechtes entscheidet. [17]) Gewisse Reallasten indeß gehen der Hypothek unbedingt vor, nämlich solche, deren Entstehung in den herkömmlichen Verhältnissen des Grundstückes beruht, wenn sie auch im einzelnen Falle durch Vertrag geregelt werden und zur wirklichen Existenz kommen. Dahin gehört der Altentheil (Leibzucht) und die Abfindung bei den Meiergütern [18]) und den in Folge

---

14) Sie findet sich z. B. in dem preuß. Entwurfe § 28.

15) Vgl. auch die Regierungsmotive zum § 18 des Gesetzes.

16) Vgl. über die Controverse Dernburg II. S. 20 ff. Arndts Pandekten § 132. Anm. 5.

17) Dernburg II. S. 212. Pfeiffer prakt. Ausführungen VIII. S. 359. Seiffert Archiv I. Nr. 327. Urtheil des Oberappellationsgerichts zu Lübeck v. 16. Juli 1850. Seiffert VI. Nr. 16.

18) Vgl. z. B. Busch, Meierrecht im Fürstenth. Hildesheim S. 173. Der Altentheiler kann selbst im Concurse des Meiers nicht vom Hofe vertrieben werden. „Er bezieht seine Prästationen als eine wahre Masseschuld, und gelangt der Hof zur Subhastation, so wird der Altentheiler gewissermaßen mit verkauft." Die rückständigen Forderungen des Altentheilers sind aber einfach chirographarische. Daselbst wird S. 147 bemerkt, die vom Vater festgesetzte Ablage bilde, sofern sie etwa aus dem mit dem Colonat verbundenen Allod ausgesetzt sei, eine wahre dingliche Last des Meierguts, welche auf jeden dritten Besitzer übergehe und im Concurse des Meiers, soweit die nach Ausbruch des Concurses fällig gewordenen Zahlungs-

der Ablösung frei gewordenen früheren Meiergütern.[19] Die Praxis betrachtet Leibzucht und Abfindung von bäuerlichen Gütern wohl ohne Weiteres als Reallasten, welche den Hypotheken vorgehen.[20] Insoweit aber irgend ein Vorzugsrecht darauf gegründet werden soll, daß der Abgefundene oder Abzufindende sich das Eigenthum reservirt habe[21], greift nunmehr die Vorschrift des § 14 des Gesetzes (vgl. § 13 daselbst) Platz, wonach der Vorbehalt des Eigenthums zur Sicherung einer Forderung nur einen gesetzlichen Titel auf Eintragung einer Hypothek bewirkt. Ueber den Fall, daß das verpfändete Grundstück deteriorirt wird, giebt das hannoversche Recht keine Specialvorschriften. Es entscheidet mithin das gemeine Recht.[22]

---

## B. Formelle Rechte des Gläubigers.

### 1. Der Einzelproceß.

### § 15.

Was die Klage des Pfandgläubigers betrifft, so ist zu unterscheiden die persönliche und die hypothekarische Klage. Die erstere anlangend, so wird der Gläubiger in vielen Fällen, sobald er eine liquide Schuldurkunde besitzt, sich des Executivprocesses bedienen können.[1] Dieser sichert ihm namentlich den Vortheil, daß

---

termine in Frage kommen, als eine Masseschuld zu betrachten sei. Inwieweit die Ablage diesen Charakter habe, könne allerdings sehr streitig werden, wenn der Erblasser noch anderes Vermögen besitze. Vgl. auch Runde, Rechtslehre von der Interimswirthschaft S. 157. — Vgl. auch § 14 des Pfandgesetzes oben § 11.

19) Vgl. § 2 der Verordnung v. 23. Juli 1833 über die Verhältnisse der durch Ablösung frei gewordenen Güter.

20) Kobbe (Amtsrichter), Rangordnung der Gläubiger im Concurse nach gemeinem und hannoverschem Rechte 2. Aufl. Verden 1861. S. 1. 2. Anderer Ansicht ist Isenbart, Zeitschr. f. h. R. 1870. S. 255 ff.

21) Vgl. Grefe II. S. 467.

22) Vgl. darüber Dernburg II. S. 4. Der Gläubiger kann gegen den dritten Besitzer die Pfandklage anstellen auch vor der Fälligkeit der Forderung.

1) Der Kläger muß nach § 475 der Proceßordn. den erforderlichen Beweis durch öffentliche oder vom Beklagten zu diffitirende Privat-Urkunden antreten. Nur zum Beweise der rechtzeitig geschehenen Kündigung genügt Eideszuschiebung. Nach § 342 der bürgerl. Proceßordnung beweisen Schuldverschreibungen über empfangenes Darlehn, welche nicht besonders ausdrücken, wie in einer bestimmten

1. Einreden (und Dupliken) nur soweit zulässig sind, als sie keines weiteren Beweises bedürfen, oder der Beweis durch Urkunden, wie sie zur Begründung des Executivprocesses erforderlich sind, oder durch Eideszuschiebung angetreten wird, welche letztere niemals gegen den wörtlichen Inhalt der Beweisurkunde gerichtet sein darf [1a]); und

2. die Vollstreckbarkeit des den Beklagten verurtheilenden Erkenntnisses durch Einspruch und Berufung nicht gehemmt wird. [2])

Dieser Weg steht dem Gläubiger aber nicht offen, wenn er die hypothekarische Klage anstellt, insbesondere also gegen einen nicht persönlich haftenden Dritten klagt. [3])

Dagegen kann der Gläubiger, wenn ihm über die Forderung eine von einheimischen Gerichten oder Notarien aufgenommene Urkunde der freiwilligen Gerichtsbarkeit ausgestellt ist, worin sofortige Zwangsvollstreckung ausbedungen ist [4]), sofort die letztere erwirken, wobei es dann auch zur Subhastation des Grundstücks kommt, falls andre genügende Executionsobjecte nicht vorhanden sind. (Einreden müssen nach § 573. 2, der Proceßordn. hier durch Eideszuschiebung oder Urkunden liquid gemacht werden.)

Wichtig aber ist die im § 41 des Gesetzes ausgesprochene Abschaffung der Einrede der Vorausklage gegenüber der Klage aus der Hypothek [5]) und die s. g. Exceptio excussionis realis kann hiernach gegenüber

---

vorangegangenen Zeit die Zahlung wirklich erfolgt ist, erst nach Ablauf von 30 Tagen von der Ausstellung gerechnet.

1 a) § 480 der Proceßordnung.

2) Es kann dann freilich nur Deposition der Schuldsumme gefordert werden, wenn nicht dem Gegner Sicherheit geleistet wird.

3) Der Executivproceß ist nur zulässig bei persönlichen Forderungen auf vertretbare Sachen, während das Petitum der Pfandklage alternativ auf Herausgabe der Sachen oder Zahlung der Geldsumme lautet.

4) Vgl. § 528. 2) der Proceßordn. Es muß freilich erst die Vollstreckungs-Clausel von dem betreffenden Gerichtsschreiber bezw. Notare auf die Urkunde gesetzt werden. § 5-9 d. P.-O.

5) Diese Bestimmung darf nicht auf die von dem Bürgen bestellten Hypotheken bezogen werden. Die Hypothek des Bürgen ist ein Accessorium der persönlichen Schuld des Bürgen und letztere ist durch die Vorausklagung des Hauptschuldners bedingt. Vgl. Heyne, Erörterungen S. 11. Ebenso wird durch die ungetheilte Verfolgung der Hypothek das s. g. Beneficium divisionis nicht berührt. Das Pfandobject kann zwar für jeden Theil der Forderung verfolgt werden; aber die Verbindlichkeit des einzelnen Mitverpflichteten kann da, wo das Benef. div. Platz

der hannoverschen Generalhypothek, welche nur eine kürzere Bezeichnung mehrerer Specialhypotheken — soweit es sich um Grundstücke handelt — darstellt und nach § 4 des Gesetzes ebenso wirksam sein soll wie die Specialhypothek, nicht mehr Platz greifen (vgl. auch Heyne, Erörterungen S. 70).

Eine Immission des Gläubigers zu eigener Benutzung des Grundstücks ist nach der allgemein lautenden Vorschrift des § 559 der Proceßordnung nur in Gemäßheit einer Verabredung beider Theile zulässig, und muß der Gläubiger Rechnung legen. Eine Sequestration oder Verpachtung findet nur bei Gütern statt, deren Substanzveräußerung durch Rechte Dritter behindert ist. Sonst kommt es zum Edictalverfahren und zur Subhastation, welche jedenfalls regelmäßig in zwei Terminen [6]) zu Ende zu bringen ist, falls nicht schon im ersten Termine ein annehmbares Gebot [7]) gethan wird. Eine gerichtliche Taxirung des Grundstücks findet nicht statt. Der Gläubiger kann wie jeder Andere mitbieten.

Haben zwei Verkaufstermine stattgefunden, ohne daß ein Gebot abgegeben wurde, so soll der Gläubiger auf sein Verlangen zur Annahme des Grundstücks gegen dessen abzuschätzenden Werth gelassen werden. Wider seinen Willen ist er aber zur Annahme nicht verpflichtet, wenn auch unter der Hälfte des Taxwerthes geboten sein sollte.

Ein nachstehender Pfandgläubiger hat gegenüber dem auf Antrag des vorstehenden Gläubigers eingeleiteten Subhastationsverfahren selbstverständlich das gemeinrechtliche Jus offerendi [8]); sonst werden die hypothekarischen Gläubiger im s. g. Vertheilungsverfahren ohne Concurs [9]) in Gemeinschaft mit sonstigen Gläubigern, welche etwa Execu-

---

greift, nur insoweit verfolgt werden, als die übrigen nicht solvent sind. Also kann zunächst der Mitverpflichtete die Verfolgung der für seine Schuld bestellten Hypothek abwenden durch Zahlung der zunächst auf ihn fallenden Quote.

6) Ein dritter Termin kann jedenfalls nur im Falle des Einverständnisses des Gläubigers und des Schuldners angesetzt werden. Vgl. § 563 Abs. 1 a. E. der Proceßordnung.

7) Vgl. über das Einzelne § 563 ff. der Proceßordnung, und über das jedenfalls subsidiarisch zur Anwendung kommende gemeine Recht Dernburg II. S. 257 ff.

8) Vgl. Arndts, Pandekten § 388.

9) Vgl. Proceßordnung §§ 595 ff. und Erythropel, Zeitschr. f. hannov. R. 1870. S. 203 ff.

tion oder Sicherungsarrest erwirkt haben, nach Analogie des Concursverfahrens prioritätsmäßig befriedigt.

Die für Grundstücke Platz greifenden Vorschriften gelten auch für die Subhastation von See- und Flußschiffen, deren Tragbarkeit mindestens fünf Schiffslasten beträgt.[10])

Einreden des Pfandbesitzers sind durchaus nach gemeinem Rechte zu beurtheilen, insbesondere auch etwaige Retentionseinreden. Der Umstand, daß bei der Oeffentlichkeit des Hypothekenbuchs der Besitzer die Belastung mit der Hypothek kennen mußte, ist hier unerheblich. Der Pfandbesitzer ist einem malae fidei possessor nicht vergleichbar.[10a])

## 2. Der Concursproceß.

### § 16.

Wie nach gemeinem Rechte[1]), so sind auch nach hannoverschem Rechte[2]) die hypothekarischen Gläubiger verpflichtet, auf den Concursproceß sich einzulassen, in demselben sich zu melden. Unterlassen sie dies, so werden sie von dem allgemeinen Präclusionsbescheide auch in Ansehung ihres dinglichen Rechts mitbetroffen[3]), und wenn auch § 500 Abs. 4 der Proceßordnung vorschreibt, daß die dem Gerichte bekannten Gläubiger, insbesondere solche, deren Forderungen im Grund- und Hypothekenbuche des ladenden Gerichts verzeichnet sind, besonders zu laden seien, so wird doch diese Bestimmung nur als Ordnungsvorschrift aufgefaßt, deren Nichtbeachtung keineswegs den Ausschlußbescheid dem nicht besonders Geladenen gegenüber unwirksam macht.[4]) Eine Ausnahme hiervon findet nur insofern statt, als

---

10) Proceßordnung § 558. Vgl. Pfandgesetz § 2. Nr. 3.

10a) Vgl. Dernburg II. S. 353.

1) Vgl. Dernburg II. S. 594.

2) Vgl. besonders ein von Schlesinger in der Zeitschr. für Rechtspflege in Preußen 1869, S. 252 ff. mitgetheiltes Gutachten der Juristenfacultät zu Göttingen. Anders bekanntlich manche neuere Gesetze, z. B. preuß. Concursordnung v. 1855. § 2. Abs. 3. §§ 31. 38. 39, mecklenburg. rev. Hypothekenordn. §§ 31 ff., Stadtbuchordnung §§ 38 ff.

3) Vgl. § 626 Abs. 1 der Proceßordnung: „Eine Edictalladung (§ 498 ff.) wird hinsichtlich Aller erlassen, welche an die Concursmasse behuf ihrer Befriedigung Ansprüche machen. (Vgl. über die Exemtion der Landescreditanstalt von der Anmeldungspflicht Verordnung v. 18. Juni 1842 § 37.)

4) Vgl. die von Schlesinger a. a. O. mitgetheilten Urtheile (auch des

1. das Concursgericht, beziehungsweise wenn es sich um ein Subhastationsverfahren ohne Concurs handelt, das Subhastationsgericht nach seinem Ermessen die bekannten, besonders die im Hypothekenbuche verzeichneten Gläubiger von der Anmeldungspflicht in der Edictalladung oder durch Ertheilung besonderer Certificate ausnehmen kann[5]), und

2. diejenigen hypothekarischen Gläubiger, welche nicht zugleich den Cridar zum persönlichen Schuldner haben, nicht schon durch die allgemeine Eröffnung des Concurses erlassene Edictalladung, sondern erst durch eine zweite mit dem Subhastationspatente zu erlassende Edictalladung für die dinglich Berechtigten nach richtiger Interpretation auch der Bestimmungen der hannoverschen Proceßordnung betroffen werden.[6]) Der durchschlagende Grund für diese Ausnahme liegt wohl darin, daß die allgemeine Edictalladung bei Eröffnung des Concurses zunächst nur die persönlichen Forderungen treffen kann, nicht bloß dinglich Berechtigte, da sie ja die einzelnen Vermögensstücke, an denen dingliche Rechte geltend gemacht werden könnten, nicht einmal aufführt, sondern nur den Cridar benennt.[7]) Die Präclusion der sich nicht meldenden hypothekarischen Gläubiger, insofern diese zugleich persönliche Forderung an die Masse haben, erklärt sich doch nur daraus, daß das Pfandrecht gemeinrechtlich Accessorium der Forderung ist, und wo diese erloschen ist[8]), auch die Geltendmachung des Pfandrechts cessirt. In der That würde auch in der Ausschließung solcher hypothekarischer Gläubiger, denen der Cridar nicht zugleich persönlich verpflichtet ist, durch die Edic-

---

höchsten Landesgerichts v. 27. Januar 1866. III. Senat) und das Erachten der Göttinger Facultät.

5) Vgl. § 500 Abs. 3 der Proceßordnung und dazu Leonhardt, Justizgesetzgebung d. Königr. Hannover 3. Aufl. II. S. 326 Anm. 1, wie auch das citirte Facultätserachten a. a. O. S. 259.

6) Vgl. §§ 626 Abs. 4. 500 ff. 623 Nr. 8 und 591 der Proceßordnung und ein Urtheil des II. Senats des Oberappellationsgerichts in den Tribunalsentscheidungen V. Nr. 140.

7) Es kann freilich auch eine solche Edictalladung hinsichtlich eines dem Cridar gehörigen Guts möglicher Weise mit dieser allgemeinen Edictalladung verbunden werden.

8) Der Concursmasse gegenüber erlischt der Anspruch, und verliert etwa nicht nur die Klagbarkeit, wie nach gemeinem Rechte der herrschenden Ansicht nach durch Verjährung.

tallabung bei Eröffnung des Concurses die schreiendste Unbilligkeit liegen, da sie, wenn das Grundstück in andere Hände übergegangen ist, ihnen aber etwa die Zinsen von dem persönlichen Schuldner noch gezahlt sind, oder aber etwa gar keine verzinsliche Forderung vorliegt, gar nicht wissen können, ob das ihnen verpfändete Grundstück zur Concursmasse einer ihnen etwa ganz unbekannten Person gehört. Uebrigens können Hypothekgläubiger, die an den Cridar eine persönliche Forderung nicht haben, schon auf die Edictallabung bei Eröffnung sich melden und sind dann sofort (auch im Prioritätserkenntniß) zu berücksichtigen.

---

# IV. Uebertragung der Hypothek.

## § 17.

Rücksichtlich der Uebertragung der Hypotheken sowohl unter Lebenden als von Todes wegen gilt in Hannover das gemeine Recht, und es bedarf so wenig die Cession wie ein Rechtsgeschäft, vermöge dessen ausnahmsweise nach gemeinem Rechte [1]) ein schon bestehendes Pfandrecht auf eine andere Forderung übergeht, der Eintragung in das Hypothekenbuch. Es genügt mithin bei Cessionen, wie nach gemeinem Rechte eine formlose Erklärung, obwohl factisch die Cession hypothekarischer Forderungen kaum anders als schriftlich und mit öffentlicher Beglaubigung der Unterschrift des Cedenten geschehen mag.

Eine Ausnahme von der gemeinrechtlichen Formlosigkeit der Cession macht nur die Verpfändung. [2]) Diese fällt, sofern eine Schuldurkunde über die Forderung vorhanden ist [3]), unter die Vorschriften des § 50 des Gesetzes. A. Sie erfordert die Ausstellung einer Verpfändungs-

---

1) Vgl. darüber z. B. Arndts, Pandecten § 374. Windscheid I. § 233b.

2) Der Schluß, daß die Vorschriften über Verpfändung einer Forderung als eventuelle Cession (siehe unten Anm. 6.) auch auf unbedingte, einfache Cessionen Anwendung finden müßten, wäre unrichtig. Auch die Eigenthumsübertragung läßt sich gegenüber der Constituirung eines Pfandrechts als ein Majus auffassen, und doch ist die Uebertragung des Eigenthums an Mobilien in Hannover nicht an schriftliche Form gebunden, wohl aber die Constituirung eines Faustpfandrechtes.

3) Forderungen, über welche eine Schuldurkunde nicht vorhanden ist, können

urkunde, welche den Tag der Ausstellung, den Gläubiger, den Pfandgegenstand und den Betrag der durch das Pfand zu sichernden Forderung angiebt, und außerdem die Uebergabe der Schuldurkunde an den Pfandgläubiger oder für diesen an einen Dritten. B. Sie erlischt, sobald die Schuldurkunde mit Zustimmung des Gläubigers in den natürlichen Besitz des Verpfänders zurückgelangt. C. Sie hat die Wirkung [4], daß der Pfandgläubiger nicht als Concursgläubiger behandelt wird, vielmehr nach § 57, 56 des Gesetzes nur verpflichtet ist: 1. das Faustpfand selbst einzuliefern, sobald ihm die durch dasselbe zu sichernde Forderung einschließlich der Nebenforderungen durch den Curator baar berichtigt wird, oder wenn er nicht bloß aus dem Pfande, sondern eventuell auch aus der Concursmasse seine Befriedigung verlangt [5], 2. einen etwaigen Ueberschuß aus dem Erlöse des Faustpfandes an die Masse einzuliefern. [6]

Die Eintragung einer Cession in das Hypothekenbuch kann indeß nach dem hannoverschen Gesetze geschehen, hat aber wesentlich nur den einen praktischen Nutzen, daß nach der im § 16 erwähnten Ordnungsvorschrift, der eingetragene Cessionar, als bekannter Gläubiger im Concurse und im Subhastationsverfahren, besonders geladen werden soll. Das Gesetz stellt freilich eine Reihe von Vorschriften über die Voraussetzungen der Eintragung einer Cession auf:

1. Im § 75 ist, wie bereits früher erwähnt, vorgeschrieben, daß Rechtsgeschäfte, auf deren Grund diese Eintragung erfolgen soll, durch

---

nach hannoverschem Rechte nicht verpfändet werden. Vgl. § 50. Abs. 2 des Gesetzes.

4) Es bedarf, damit diese Wirkung eintrete, einer Denunciation an den Schuldner nicht. Der Regierungsentwurf stellte dies Erforderniß auf; es wurde von den Ständen gestrichen.

5) § 56. Abs. 3 des Gesetzes: „Hat der Faustpfandgläubiger das Pfand freiwillig eingeliefert, so erfolgt seine Befriedigung aus dem Erlöse des Pfandes nach Abzug der auf die Erhaltung und Verwerthung desselben verwandten Kosten.

In derselben Weise ist der Faustpfandgläubiger zunächst aus dem Erlöse des Pfands zu befriedigen, wenn er dasselbe in Gemäßheit der Schlußbestimmungen unter Nr. 1) eingeliefert hat."

6) Das Gesetz behandelt die verbriefte Forderung nach Analogie des Faustpfandes an beweglichen Sachen, obschon in § 50 gesagt ist: „Die Verpfändung von Forderungen, abgesehen von Inhaberpapieren, ist als bedingte Cession anzusehen und nach den Rechtsregeln über Cession der Forderungsrechte zu beurtheilen."

öffentliche, oder doch mit öffentlich beglaubigter Unterschrift versehene Urkunden nachgewiesen werden müssen.

2. Die Cession einer Hypothek darf nach § 79 des Gesetzes nur in das Hypothekenbuch eingetragen werden, wenn dem Gerichte die betreffende Originalschuldurkunde vorgelegt oder die stattgehabte Mortification derselben nachgewiesen wird.[7])

3. Die Bescheinigung über die Eintragung einer Cession soll von dem Richter auch ohne und selbst gegen den Antrag der Betheiligten auf dem für den Gläubiger ausgefertigen Exemplare der Originalschuldurkunde unter Beidrückung des Gerichtssiegels bescheinigt werden.[8]) (§ 80.)

Dies sind aber nur Vorsichtsmaßregeln, welche das Gesetz vorschreibt, damit nicht 1) ungerechtfertigte Löschungen auf Grund unrichtig eingetragener Cessionen vorgenommen werden[9]), 2) mit cedirten hypothekarischen Forderungen Betrügereien oder Täuschungen geschehen[10]), und damit 3) die zeitigen Inhaber der Forderung bei etwaigen Edictalladungen richtig besonders geladen werden können.

Der dritte gutgläubige Erwerber einer hypothekarischen Forderung genießt nach hannoverschem Rechte eine besondere Begünstigung nicht; dagegen ist die Lex Anastasiana seit dem 1. August 1864 aufgehoben (Gesetz vom 2. Juli 1864).

---

7) Vgl. übrigens unten § 19 über die Löschung.

8) Vgl. auch unten § 19.

9) Der Besitz der Originalurkunde gewährt einige Sicherheit, daß der Antragsteller auch legitimirt ist.

10) Eine wirkliche Sicherheit wird dadurch nicht geschaffen, da die rein mündlich geschehene Cession wirksam ist; nur wird Jemand nicht leicht mit solcher formlosen Cession ohne Empfang des Documents sich begnügen, und also für Denjenigen, dem die Cession einer Forderung unter Uebergabe des Schuldocuments offerirt wird, einige Sicherheit vorliegen, daß die Forderung nicht schon früher anderweit cedirt wurde. Eben der durchaus unvollkommenen Sicherheit wegen, welche das Gesetz hier nur gewährt, kann der Richter, welcher unterlassen hat, den Cessionsvermerk auf das Schuldocument zu setzen, auch schwerlich in Anspruch genommen werden von Jemandem, der mit der Cession einer bereits früher cedirten Forderung betrogen worden ist. Der Causalzusammenhang dürfte hier ein zu unsicherer bleiben.

# V. Rangordnung der Hypotheken.

## A. Unter einander.

### § 18.

§ 25 des Gesetzes bestimmt:

„Ueber den Rang der nach eingetretener Wirksamkeit dieses Gesetzes erworbenen Hypotheken entscheidet das Alter [1]) derselben.“

Sind die Hypotheken an demselben Tage [2]) eingetragen, so entscheidet die Reihenfolge der Einträge, falls nicht bei der Eintragung ein Anderes bemerkt ist. [3]) Die Reihenfolge, in welche der Richter die Hypotheken einzutragen bezw. vorzumerken hat, wird durch die Zeitfolge bestimmt, in welcher die Hypotheken zur Eintragung bezw. Vormerkung bei ihm angemeldet worden. Werden mehrere Hypotheken an demselben Pfandgegenstande gleichzeitig angemeldet, so hat der Richter — in Ermangelung einer anderweiten Vereinbarung unter den Betheiligten — dieselben in dem Hypothekenbuche als Hypotheken von gleichem Alter zu bezeichnen. Als gleichzeitig angemeldet gelten alle Hypotheken, die an demselben Tage und nicht zu einer Zeit ange-

---

1) Ueber die Bestimmung des Alters vgl. oben § 8.

2) Wäre bei einer Eintragung das Datum nicht beigefügt, so würde eine Hypothek mit bestimmtem Datum, wenn nur nicht jene erweislich früher eingetragen war, jener jedenfalls vorgehen. So auch Dernburg II. S. 410. Die Reihenfolge der Eintragungen wird freilich, wenn ordnungsmäßig eingetragen wurde, schwerlich einen Zweifel übrig lassen.

3) Dadurch ist eine bekannte gemeinrechtliche Controverse (vgl. darüber z. B. Dernburg II. S. 410. Regelsberger, Zur Lehre vom Altersvorzug der Pfandrechte S. 108) in einer dem System der öffentlichen Bücher m. E. angemessenen Weise entschieden worden. Die Bestimmungen der modernen Hypothekengesetze lauten hier allerdings verschieden. Der Gläubiger, der die Bescheinigung der eingetragenen Hypothek ohne den im Text erwähnten besonderen Zusatz empfängt, ist nach hannoverschem Recht sicher, daß ihm die Sicherheit nicht durch andere gleichstehende Hypotheken geschmälert wurde. Ein Urtheil des I. Senats des Oberappellationsgerichts v. 20. Mai 1864 (Tribunalsentscheidungen VI. Nr 31) hatte übrigens bereits auf Grund der früheren Verordnung v. 13. Juni 1828 in Uebereinstimmung mit einem Urtheil des Obergerichts zu Göttingen sich gegen die unbedingte gleiche Priorität der an demselben Tage eingetragenen Hypotheken ausgesprochen.

meldet werden, wo mit der Einschreibung der bis dahin angemeldeten Hypotheken bereits begonnen ist. [4])

Eine Ausnahme erleidet die Regel des Vorrangs nach dem Alter jedoch nach § 106:

„Die Ablösungs- und Allodificationscapitalien und die zum Zwecke der Ablösung, bezw. der Allodification vorgestreckten Darlehen, sofern sie in Gemäßheit des Gesetzes vom 16. September 1844 in das Hypothekenbuch eingetragen sind, sowie die Ablösungs- und Allodificationsrenten behalten ihr bisheriges Recht — vorbehaltlich jedoch der Bestimmung im § 53 [5]) und der auch bei den genannten Renten anwendbaren Bestimmung im letzten Absatze des § 59.“ [6])

Außerdem kommt den nach früherem Rechte privilegirten vor dem Eintritte der Wirksamkeit des neuen Gesetzes bestellten Hypotheken nach § 93 des Gesetzes das frühere Privileg zu, „falls solches bei der Eintragung oder der Vormerkung in dem Hypothekenbuche bemerkt“ [7]) ist, und außerdem die Eintragung vor Ablauf des Uebergangsjahrs, also vor dem 15. März 1867 erfolgte. [8])

---

4) Hat der Richter diese Vorschriften verletzt, so wird gleichwohl das Alter durch die wirkliche Art und Weise der Eintragung bestimmt. Der Richter macht sich aber der benachtheiligten Partei haftbar. Die frühere oder spätere Constituirung des Pfandrechttitels ist gleichgültig.

5) Hiernach finden Separationsrechte im Concurse nur insoweit statt, als sie noch in dem Gesetze gewährt worden sind.

6) Diese Rückstände genießen nur aus dem Zeitraum von zwei Jahren vor Eröffnung des Concurses dieses Vorrecht, und außerdem nur insoweit nicht dem Schuldner Credit gegeben ist.

7) Darunter wird eine kurze Angabe desjenigen Verhältnisses zu verstehen sein, durch welches das Privileg begründet wird. Die Angabe, daß die Hypothek privilegirt sei, wird man nicht fordern dürfen, um so weniger als das nicht selten controvers sein muß. Außerdem kann man von Jedem verlangen, daß er das Recht kenne. Eine Substanziirung etwa wie bei Anstellung einer Klage ist aber auch in einem Hypothekenbuche nicht zu geben. Es muß genügen, daß auf die Existenz eines Rechtsverhältnisses hingewiesen ist, bei dem Grund vorhanden ist, das fragliche Privileg zu vermuthen. Wenn also Jemand eine Hypothek erwerben will, die Nachhypotheken aus der Zeit vor dem 15. März 1866 hat, wird er bei Prüfung der Priorität vorsichtig sein müssen.

8) Das Gesetz bestimmt außerdem noch in § 90: „Dasselbe gilt für das Fürstenthum Osnabrück von der Hypothek, die der Verkäufer eines Grundstücks vor der Uebergabe bis zur Bezahlung des Kaufgeldes gerichtlich oder außergerichtlich sich vorbehalten hat.“

Eine wichtige Bestimmung enthält § 26 des Gesetzes über die Einräumung der Priorität an eine nachstehende hypothekarische Forderung:

„Räumt ein Gläubiger den seiner Hypothek zustehenden Rang einem nachstehenden Pfandgläubiger ein, so muß dies, um gegen einen dritten Erwerber der dadurch zurückgesetzten Hypothek wirksam zu sein, im Hypothekenbuche bemerkt werden."

Danach ist 1. ein obligatorischer Vertrag, wodurch der vorgehende Gläubiger A sich verpflichtet im Concurse oder im Vertheilungsverfahren ohne Concurs dem nacheingetragenen B nachstehen[9]) zu wollen, auch ohne Eintragung in das Hypothekenbuch wirksam, dagegen 2. ein solcher obligatorischer Vertrag ohne Eintragung in das Hypothekenbuch selbst dann dem dritten Erwerber[10]) der ursprünglichen Vorhypothek gegenüber unverbindlich, wenn dieser um die Einräumung des Vorrangs an der Nachhypothek wußte, denn das Gesetz trifft die fragliche Bestimmung absolut, ohne Rücksicht auf etwaige mala fides, wie der gute Glaube umgekehrt nach dem hannoverschen Gesetze überhaupt besondere günstige Wirkungen nicht hat.[11]). Es kommt also auch nicht darauf an, ob etwa unter dem Schulddocumente die der Forderung nachtheilige Aenderung der Priorität bemerkt war, sobald die wirkliche

---

9) Davon ist ein bloßer Verzicht auf die Priorität aber wohl zu unterscheiden. Dieser sagt nur, daß die betreffenden Forderungen gleich stehen sollen. Vgl. Heyne, Commentar z. sächs. Gesetze I. S. 365. Eine ausdrückliche Erklärung ist aber nicht erforderlich. So muß es genügen, wenn sich ein hypothekarischer Gläubiger für einen anderen mit seiner Hypothek verbürgt, nicht aber wenn er sich nur schlechthin nur mit seiner Forderung verbürgt; im letzteren Falle kann wenigstens keine Dislocation im Concurse statt finden, da rein obligatorische Verhältnisse unter verschiedenen Concursgläubigern den Concursrichter nicht kümmern. Vgl. Heyne, a. a. O. S. 368.

10) Dem Erben gegenüber ist er verbindlich.

11) Andrer Meinung ist Koch, Anmerk. zu §§ 497. 498. des Th. I. Tit. 20 des preuß. allgem. Landrechts, welche dem hannoverschen Gesetze gleich lauten. Allein das preußische Recht nimmt überhaupt auf die bona fides die größte Rücksicht, und das Argument Koch's, daß der Cedent dem Cessionar nicht ein Mehreres übertragen konnte, als was er selbst noch hatte, paßt nicht, wenn man, wie Koch daselbst (Preuß. allgem. Landr. 3. Aufl. 1862. I. S. 910 Anm. 24) davon ausgeht, daß eine eigentliche Uebertragung der Priorität an eine Nachhypothek unzulässig sei, vielmehr durch den fraglichen Vertrag nur eine Obligation, den entsprechenden Betrag der Nachhypothek eintretenden Falles zu überlassen, begründet werde.

Eintragung nicht erfolgte. Doch soll letztere freilich von dem Richter nach § 80 des Gesetzes selbst gegen den Willen der Betheiligten unter dem Originaldocumente bemerkt werden [12]) und ohne Vorlegung oder vorgängige Mortification des letzteren soll die Eintragung nicht geschehen. Die Eintragung giebt aber dem Gläubiger oder dem gutgläubigen Erwerber der bevorzugten Nachhypothek keineswegs absolute Sicherheit. Das sagt das Gesetz nicht, und es würde auf diese Annahme auch durchaus dem Principe des Gesetzes widerstreben, wonach keine (positive) Eintragung absolute Kraft zu Gunsten eines dritten gutgläubigen Erwerbers hat. [13])

Wie ist aber die Einräumung der besseren Priorität an eine Nachhypothek nach hannoverschem Rechte überhaupt aufzufassen? Nach gemeinem Rechte wird die Möglichkeit der dinglichen Wirksamkeit einer solchen Abrede mit Recht geleugnet. [14]) Abgesehen von dem für die Auffassung des römischen Rechts maßgebenden historischen Grunde, daß ursprünglich ein zweites Pfandrecht an derselben Sache nicht schlechthin, sondern nur als ein durch vorgängige Tilgung des ersten bedingtes galt, steht nach gemeinem Rechte der wirklichen Uebertragung der Priorität mit dinglicher Wirksamkeit das Recht des Aufrückens der in der Mitte stehenden Gläubiger entgegen. Sie rücken auf, wenn die Nachhypothek aus irgend einem Grunde erlischt, und solche Erlöschungsgründe können sehr verschieden bei der Vorhypothek und der Nachhypothek eintreten. [15]) Dieser Grund gegen die Zulässigkeit

---

12) Da ohne Eintragung die Einräumung der Priorität einem dritten Erwerber der Forderung gegenüber nicht gültig geschehen kann, so kann das Publicum sich nach der letztgenannten Vorschrift darauf verlassen, daß einem Originalschulddocumente, auf welchem die nachtheilige Aenderung der Priorität nicht bemerkt ist, auch die anfangs constituirte Priorität zukomme. Der Richter, welcher die im Texte bezeichnete Vorschrift vernachlässiget, macht sich also haftbar — anders als in dem oben erwähnten Falle der Cession, wo der Causalzusammenhang nicht nachweisbar sein wird, weil die Cession nicht an die Eintragung gebunden ist.

13) Vgl. das oben § 5 bezüglich der Grundprincipien des Gesetzes Bemerkte.

14) Vgl. besonders Dernburg II. S. 475 ff. Windscheid Pand. I. § 247. Schlayer, im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 49. S. 235 ff.

15) Vgl. auch Schlayer a. a. O. S. 237. Dernburg macht geltend, daß bei Zulassung einer wirklichen Abtretung der Priorität der Gläubiger, dessen Forderung noch durch andere Mittel, z. B durch Bürgen versichert wäre, die Befugniß erhalten würde, diese Deckungsmittel, welche ursprünglich nur zur Deckung

der Verbindung der Priorität der Nachhypothek mit einem nachstehenden Pfandrechte fällt allerdings weg bei einer Gesetzgebung, welche ein solches Aufrücken nicht anerkennt. Es bleibt aber auch bei solcher Gesetzgebung noch der Grund, daß der Pfandschuldner dabei interessirt sein kann, den A und nicht den B zum ersten oder zum letzten hypothekarischen Gläubiger zu haben, und würde also jedenfalls Zustimmung des letzteren erforderlich sein. Nach hannoverschem Rechte kann daher, ungeachtet der Eintragung der Abtretung der Priorität in das Hypothekenbuch, welche nur als besondere Sicherung des Cessionars aufzufassen ist, nicht wohl daran gezweifelt werden, daß diese Abtretung nur die Wirkung hat, daß der Betrag, der im Concurse sonst auf die Vorhypothek fallen würde, nun zur Befriedigung der Nachhypothek verwendet wird. So wird die Abtretung der Priorität auch nach der preußischen Praxis aufgefaßt. Koch[16]) bemerkt: „Eine solche Prioritätscession begründet nur ein Verhältniß zwischen dem Cedenten und dem Cessionar, vermöge dessen der letztere aus dem Percipiendum des ersteren, soweit es reicht, sich befriedigen, aber nicht die Löschung der Post verhindern kann, so daß, wenn sie erfolgt ist, die Prioritäts-Cession keinen Vortheil mehr gewährt. . . . Wird die voreingetragene Forderung, welche zurückgetreten ist, sei es auch ohne den Consens des bevorzugten nacheingetragenen Gläubigers gelöscht, so rücken die Zwischenforderungen von selbst vor, und die Vertheilung der Kaufgelder erfolgt lediglich nach der allgemeinen Rangordnung. Der durch die Prioritätseinräumung bevorzugt gewesene Gläubiger erhält daher seine Befriedigung an seiner ursprünglichen Stelle, ohne Berücksichtigung der nicht mehr wirksamen Prioritätseinräumung. [16a]) Wird also überhaupt die Hypothek, deren Vorzug abgetreten ist, unwirksam oder aufgehoben, so wird auch die Abtretung des Vorzugsrechts unwirksam.“ [17])

---

einer Obligation bestimmt waren, der ursprünglichen Absicht der Contrahenten zuwider auf verschiedene Obligationen zu verwenden Diesem Argumente möchte ich nicht zustimmen. Wenn der Gläubiger willkürlich über eines der verschiedenen Sicherungsmittel verfügt, wie er es ja z. B. durch Verzicht jedenfalls kann, so können daraus die zugleich Mitverpflichteten oder doch eventuell Verpflichteten, z. B. die Bürgen, eine Einrede erhalten. Die Gültigkeit jener Disposition hat damit aber nichts zu schaffen.

16) A. a. O. S. 910.

16a) Präjudiz des preuß. Obertribunals v. 1. Sept. 1838.

17) Manche neuere Gesetze, vgl. z. B. bayerisches Hypothekengesetz § 62, kön.

Eine gleiche Vorschrift wie für die Abtretung der Priorität besteht nach § 27 des Gesetzes für den Fall, daß eine Hypothek durch ein Edictalverfahren den Vorrang vor anderen im Edictalverfahren präcludirten Hypotheken erhält: auch dieser letztere Umstand muß, um gegen einen dritten Erwerber der präcludirten Forderung wirksam zu sein, im Hypothekenbuche vermerkt sein. [18]) Von besonderer Wichtigkeit für den Fall, daß eine Hypothek auf mehreren unbeweglichen Sachen haftet und Nachhypotheken vorhanden sind, ist die im § 67, 3 des Gesetzes enthaltene Vorschrift:

„Eine hypothekarische Forderung, die auf mehreren Massen [19]) haftet, ist aus den für sie verfügbaren Beträgen der betreffenden Massen nach Verhältniß dieser verfügbaren Beträge zu berichtigen." Diese Bestimmung hindert aber in keiner Weise das Recht des Gläubigers, dem für eine und dieselbe Forderung verschiedene, zu verschie-

---

sächs. Gesetz v. 1843 § 94, sächs. bürgerl. Gesetzb. § 440, scheinen eine wirkliche Abtretung zu gestatten. Es ist aber wohl fraglich, ob dies nicht etwa nur scheinbar ist. Vgl. Gönner, Comment. z. bayer. Hypothekengesetz I. S. 503 ff. und gegen dessen Ansicht wieder Heyne I. S. 363 ff. Vgl. übrigens auch z. B. mecklenburg. rev. Stadtbuchordnung § 20. 216: „Postpositionsfähig sind zwei unmittelbar hinter einander folgende Pöste, jedoch nur, wenn keiner mit einem andern gleichsteht, sowie unter derselben Beschränkung die sämmtlichen einzelnen Theile eines getheilten Postens unter sich, wenn die Postposition sogleich bei der Theilung geschieht."

18) Vgl. §§ 25. 26 der Statuten der Landes-Creditanstalt v. 18. Juni 1842, wonach unter gewissen Voraussetzungen zu Gunsten einer der Landes-Creditanstalt zu bestellenden Hypothek Edictalladungen mit solcher Wirkung zulässig sind.

19) Vgl. § 66 des Gesetzes: „Befinden sich in der Concursmasse Vermögensgegenstände, auf denen besondere, nicht auf die ganze Concursmasse sich erstreckende Hypotheken haften, so sind dieselben als eine Specialmasse oder, insoweit sie mit verschiedenen Hypotheken belastet sind, als mehrere Specialmassen von der Concursmasse auszusondern. Der nach Aussonderung der Specialmasse bleibende Rest der Concursmasse bildet die gemeine Masse." Der Gegenstand der Generalhypothek soweit solche das bewegliche Vermögen umfaßt, ist erst dasjenige, was übrig bleibt nach Abzug der Concurskosten und Masseschulden und nach Befriedigung der betreffenden auf den einzelnen Massen haftenden Immobiliarhypotheken (und Realgläubiger überhaupt). Das entspricht auch der Absicht des Geschäftslebens, welches in der Generalhypothek ein subsidiäres Complement der Specialhypothek erblickt und dem Wortlaut des § 65 des Gesetzes: „Im Concurse des Verpfänders umfaßt die Generalhypothek — — — den Erlös der von ihr nicht ergriffenen unbeweglichen Sachen, wenn und insoweit dieser Erlös — — —."

denen Concursmassen gehörige Grundstücke verpfändet sind, bei diesen verschiedenen Concursmassen sein Recht nach seiner Wahl geltend zu machen, obwohl ihm dadurch unter Umständen die Macht eingeräumt wird, auf die Befriedigung nachstehender Gläubiger nach Belieben einzuwirken. In einem und demselben Concurse, wo der Richter die Vertheilung unmittelbar vornimmt, erscheint die verhältnißmäßige Befriedigung aus den verschiedenen Massen als eine natürliche Maßnahme der Billigkeit. Etwas Andres aber ist die Anmeldung und Geltendmachung bei verschiedenen Concursen, welche allein von dem Willen des Berechtigten abhängen kann. [20]

## B. Im Verhältniß zu anderen Forderungen.

### § 19.

Im Concurse gilt nach hannoverschem Rechte nicht consequent der in neueren Hypothekengesetzen angenommene, die Sicherheit der Hypotheken von der sonstigen Vermögenslage des Pfandschuldners, beziehungsweise des Besitzers unabhängig machende Satz, daß jedes mit Hypotheken belastete Grundstück eine Specialmasse bildet und erst nach Befriedigung der Realgläubiger der dann verbleibende Ueberschuß in die allgemeine Masse fließt. [1] Vielmehr gehen gewisse s. g. absolut privilegirte Forderungen den hypothekarischen Forderungen vor, nur nicht den Specialhypotheken, falls die übrige Masse zur Befriedigung jener ausreicht; außerdem werden die allgemeinen Concurskosten und die auf der ganzen Masse haftenden Masseschulden vorabgezogen. [2] Das Gesetz hat jene

---

20) Vgl. auch Heyne, Erörterungen a. d. Eigenthums- u. Hypothekenrechte S. 17 ff.

1) Vgl. z. B. mecklenburg. rev. Hypothekenordnung § 32, mecklenburg. rev. Stadtbuchordnung § 33. Vgl. auch die freilich etwas weniger stricten Bestimmungen der §§ 46 ff. der preuß. Concursordnung von 1855.

2) § 58 des Pfandgesetzes. Vgl. auch § 67. 1) des Gesetzes: „Die allgemeinen Concurskosten und die auf der ganzen Concursmasse haftenden Masseschulden sind aus den einzelnen Massen nach Verhältniß des Erlöses derselben zu berichtigen, wogegen die im alleinigen Interesse einer einzelnen Masse oder mehrerer einzelner entstandenen besonderen Kosten und Schulden lediglich aus dieser einen Masse, bezw. diesen mehreren Massen zu befriedigen sind"; und § 67, 2) wonach alle absolut privilegirten Forderungen mit Ausnahme einiger, in 59 unter 5—7

absolut privilegirten Forderungen genau aufgezählt und ist hier in manchen Punkten vom gemeinen Rechte abgewichen.[3)]

---

aufgeführter, speciell den Grundbesitz treffender Leistungen, zunächst aus der allgemeinen Masse, und (nur) insoweit diese nicht reicht, aus den Specialmassen nach Verhältniß des Erlöses derselben zu befriedigen sind.

Eingetragene Ablösungs- und Allodificationscapitalien werden nach § 68 des Gesetzes in Ansehung der Berechnung der verschiedenen Massen wie Hypotheken behandelt.

§ 59 des Gesetzes bezeichnet als absolut privilegirte Forderungen in nachstehender Ordnung:

1) Die nothwendigen Kosten der Beerdigung des Schuldners und seiner nach gesetzlicher Vorschrift von ihm zu unterhaltenden Angehörigen, insofern die Todesfälle in den letzten sechs Monaten vor der Concurseröffnung eingetreten sind und insoweit die Angehörigen — falls es um die Kosten für die Beerdigung dieser sich handelt — nicht eigenes Vermögen haben;

2) die den Aerzten, Wundärzten, Apothekern, Badern und Hebammen zustehenden Forderungen wegen der in den letzten sechs Monaten vor der Concurseröffnung stattgehabten Krankheiten des Schuldners und seiner unter Nr. 1 bezeichneten Angehörigen — die Forderungen wegen solcher Krankheiten der Angehörigen jedoch nur insoweit als diese nicht eigenes Vermögen haben;

3) die Lietlohnsforderungen nach Vorschrift der Verordnung v. 30. Juli 1830 . . . (das Gesetz fügt hier zwei Bestimmungen hinzu);

4) die Forderungen der Fabrikarbeiter, Tagelöhner und Handwerksgesellen auf einen rückständigen vierwöchigen Lohn unter der Voraussetzung, daß die vier Wochen, für welche der Lohn verdient ist, in die letzten sechs Monate vor Eröffnung des Concurses fallen, und daß den genannten Personen wegen dieses Lohnes nicht das dem Lietlohne nach der Verordnung vom 30. Juli 1830 gebührende Privilegium zukommt;

5) die Abgaben, welche aus dem Staats-, Gemeinde-, Kirchen-, Schul-, Siel-, Deich- oder einem ähnlichen Verbande entspringen, namentlich auch die indirecten Steuern und Zölle, sowie die Landstraßen- und Nebenanlage-Beiträge und der jüdischen Synagoge, Schul- und Armenabgaben;

6) die Leistungen aus Reallasten, sofern dieselben nicht schon zu den unter Nr. 5 aufgeführten Abgaben gehören;

7) die Brandkassenbeiträge für Gebäude, sowie die Ersatzforderungen gegen den Versicherten wegen der von Anderen kraft gesetzlicher Verpflichtung für ihn gezahlten Brandkassenbeiträge.

Die unter Nr. 5, 6 und 7 bezeichneten Leistungen gehören jedoch nur insoweit zu den privilegirten Forderungen, als sie für die beiden letzten Jahre vor Eröffnung des Concurses zu zahlen sind und als nicht dem Schuldner wegen derselben Credit gegeben ist."

3) Das Privilegium des Lietlohns erstreckt sich nach der Verordnung von 1830 nur auf zwei- bezw. einjährige Rückstände vor Eröffnung des Concurses.

# VI. Erlöschen der Hypothek.

## § 20.

Die Hypothek erlischt nach hannoverschem Rechte I. im Allgemeinen aus denselben Gründen, wie nach gemeinem römischen Rechte [1], II. außerdem aber auch durch Löschung im Hypothekenbuche, und zwar, wie genau genommen hiernach auch schon selbstverständlich ist, ohne Rücksicht darauf, ob materiell ein genügender Grund zur Löschung vorhanden war oder nicht. Das Gesetz redet nur von dem letzteren Falle der Aufhebung der Hypothek und verweist damit im Uebrigen auf das gemeine Recht; nur zwei besondere Entscheidungen werden in den §§ 39, 40 des Gesetzes getroffen, wodurch zwei gemeinrechtliche Endigungsgründe des Pfandrechts außer Wirksamkeit gesetzt werden (unten D, E.)

Zu I. werden indeß noch folgende Bemerkungen hinzuzufügen sein.

A. Selbstverständlich erlischt die Hypothek durch den Untergang der Pfandsache; bei Grundstücken ist aber die Area, die Grundfläche das eigentliche Verpfändete. Die Zerstörung eines verpfändeten Gebäudes hebt daher die Hypothek nicht auf, und dieselbe ergreift auch das neue, darauf errichtete Gebäude. [2]) Wie aber steht es mit den Baumaterialien eines zerstörten Hauses? Nach gemeinem Rechte ist die Annahme zu vertheidigen, daß sie stillschweigend mitverpfändet seien. [3]) Dies aber ist nach hannoverschem Rechte ausgeschlossen, weil die Specialhypothek nur auf unbewegliche Sachen sich erstrecken kann. Indeß dürfte doch die Ansicht haltbar sein, daß durch die bloß zufällige Trennung des Zusammenhangs der Materialien mit der Grundfläche die Eigenschaft der letzteren als Zubehör des Grundstücks noch nicht aufgehoben wird [4]), und gegen weitergehende Verfügungen des Eigenthümers oder

---

1) Ueber einige ganz exceptionelle Fälle bei Expropriationen, Verkopplungen u. s. w. vgl. oben § 14.

2) Vgl. L. 29. § 2. D. de pign. 20, 1. Dernburg II. S. 360.

3) Dernburg II. S. 564.

4) Vorausgesetzt, daß die Materialien dem Verpfänder gehörten, und nicht von einem Dritten vindicirt werden können.

Pfandbesitzers der hypothekarische Gläubiger durch eine nach §§ 524, 573 der bürgerl. Proceßordnung zu erwirkende Sequestration eingeschritten werden könnte. Sollte die Zerstörung des Gebäudes nach eröffnetem Concurse erfolgen, so würde, da in der Anmeldung die Geltendmachung der Pfandklage zu befinden ist und der Concurs schon eine allgemeine Sequestration zu Gunsten der sämmtlichen Concursgläubiger und zum Zwecke ihrer prioritätsmäßigen Befriedigung enthält, ohne Zweifel der Erlös des Baumaterials, wenn es nicht zum Wiederaufbau verwendet werden sollte, zur Befriedigung der hypothekarischen Gläubiger ausgesetzt werden müssen. [5] Uebrigens wird praktisch hier in vielen Fällen durch die hannoversche Generalhypothek geholfen werden.

B. Die Vereinigung des Eigenthums und der Hypothek in einer und derselben Person bewirkt nach hannoverschem Rechte ebenso wie nach gemeinem [6] das Erlöschen des Pfandrechts. Der Umstand, daß etwa die Hypothek noch nicht gelöscht wurde, ist nach hannoverschem Rechte hier unerheblich, ebenso wie in dem Falle, daß die Forderung, für welche die Hypothek bestellt war, getilgt wurde. Wer also eine eingetragene Schuldverschreibung (in gutem Glauben) sich cediren läßt, kann, ungeachtet sich unter derselben ein Löschungsvermerk nicht befindet, und ungeachtet selbst im Hypothekenbuche eine Löschung nicht eingetragen ist, niemals sicher sein, ob er die Hypothek noch geltend machen kann. [7]

---

5) Das sächs. bürgerl. Gesetzbuch § 413: „Auf bewegliche Sachen, welche mit als Bestandtheile einem Grundstück oder Zubehörungen verbunden waren und veräußert worden sind, haben die hypothekarischen Gläubiger gegen den dritten redlichen Besitzer keinen Anspruch," giebt allerdings dem Gläubiger ein weiter gehendes Recht. Vgl. auch preuß. allgemein. Landr. I. 20. § 445: „Insofern . . . bewegliche Pertinenzstücke in der Zwischenzeit von der Eintragung bis zur wirklichen Vollstreckung der richterlichen Execution von der Hauptsache getrennt werden, geht die darauf gehaftete dingliche Verpflichtung auf den dritten Besitzer nicht mit über." Vgl. dazu die in den Anmerkungen Koch's angeführten Präjudicien. Nach hannoverschem Rechte würde das Recht des Specialhypothekars schon mit der Fortschaffung der Baumaterialien von dem Grundstücke aufhören, da letztere Handlung den Willen definitiv das Material von dem Grunde und Boden zu trennen manifestirt.

6) Vgl. darüber Arndts, Pandekten § 389.

7) Selbst dann nicht, wenn ihm betrüglicher Weise die getilgte hypothekarische

C. Zweifelhaft kann es erscheinen, ob nach hannoverschem Rechte, welches die Inscription jeder Hypothek vorschreibt, noch von einer Ersitzung der Freiheit des verpfändeten Grundstücks und einer Verjährung der Pfandklage die Rede sein dürfe.[8] Im Gesetze finden darüber besondere Bestimmungen sich nicht.[9] Die absolute Ausschließung der Verjährung gegen hypothekarische Einträge wird nun nach hannoverschem Rechte sich deßhalb nicht behaupten lassen, weil bei dem Mangel ganz bestimmter Realfolien und insbesondere bei der Zulässigkeit einer Generalhypothek (wenn auch in einem beschränkteren Sinne als in dem gemeinrechtlichen) in der That nicht immer sogleich die Belastung des Grundstücks mit einer Hypothek aus dem Hypothekenbuche ersichtlich ist. Soweit jedoch letzteres factisch bei Anwendung der gewöhnlichsten Sorgfalt der Fall ist, wäre m. E. eine Berufung auf bona fides und folgeweise auch auf Verjährung[10] oder Ersitzung der Freiheit ausgeschlossen. Ein Unterschied zwischen bloß vorgemerkten und definitiv eingetragenen Hypotheken dürfte aber nach hannoverschem Rechte hier nicht erfindlich sein.[11]

D. Dem Systeme der öffentlichen Eintragung der Hypotheken entspricht der im § 39 des Gesetzes ausgesprochene Satz:

„Die Einwilligung des Gläubigers in die Veräußerung einer ihm verpfändeten unbeweglichen Sache ist als Verzicht auf die Hypothek nicht anzusehen."[12]

---

Forderung von dem Pfandschuldner verkauft wurde, obwohl dabei selbstverständlich ein persönlicher Anspruch auf Entschädigung besteht.

8) Verneint wird diese Frage nach allgemeinen Grundsätzen in einem Erkenntnisse des Oberappellationsgerichts zu Wiesbaden v. 7. Mai 1850 (Seuffert, Archiv. XVI. Nr. 201).

9) Mit Publicität im strengern Sinne ist eine Verjährung gegen den Inhalt des Hypothekenbuchs unverträglich. Vgl. darüber z. B. die besondern Bestimmungen des preuß. allgem. Landrechts I. 9. § 511. I. 20. § 534. Bayr. Hypothekengesetz § 31, sächs. bürgerl. Gesetzb. § 151.

10) Auch bei der Extinctivverjährung ist bei dinglichen Klagen nach hannoverschem Rechte bona fides erforderlich. Verordnung v. 29. Octbr. 1822. Nr. 2. Gesetz v. 22. Septbr. 1850. § 10.

11) Auch die Vormerkung muß den dritten Besitzer zu Nachforschungen veranlassen. Anders steht es da, wo die Ausschließung der Verjährung auf der absoluten publica fides des Hypothekenbuchs beruht. Vgl. darüber Heyne, Commentar I. S. 173. —

12) Vgl. Heyne, Comment. I. S. 397 ff.

Die entgegengesetzte gemeinrechtliche Regel[13]) paßt nur auf eine formlose Pfandbestellung. Ebenso wird m. E. auch nach Analogie des § 39 und weil der heutige Rechtsverkehr die betreffende Erklärung thatsächlich anders interpretirt, die Einwilligung des hypothekarischen Gläubigers in die weitere Verpfändung des Grundstücks nicht mehr für einen Verzicht auf die Priorität angesehen werden dürfen.[14]) (Der Verzicht auf die Forderung hebt selbstverständlich auch das Pfandrecht auf: darüber sagt das hannoversche Gesetz Nichts.)

Ebenso ist

E. § 40 des Gesetzes:

„Unbewegliche Sachen, welche der Beneficialerbe veräußert, werden durch diese Veräußerung von den auf ihnen haftenden Hypotheken nicht frei."

dem Systeme der öffentlichen Ingrossation entsprechend[15]), und es läßt sich vielleicht nachweisen, daß dieser Rechtssatz schon vor dem neuen Gesetze gegolten habe.

F. Daß durch eine Subhastation die Hypotheken erlöschen[16]), ist im hannoverschen Rechte nicht ausgesprochen. Thatsächlich werden freilich meistens die hypothekarischen Gläubiger, soweit der Erlös reichte, befriedigt und die nicht zu befriedigenden nachstehenden Hypotheken gelöscht.[17]) Allein eine absolute Unzulässigkeit, ein Grund-

---

13) L. 158. D. de R. J. 50, 17. L. 4. § 1. D. quibus mod. pign. vel hyp. solvitur 20, 6.

14) Vgl. auch Heyne, a. a. O. Sächs. bürgerl. Gesetzb. § 457. Nach römischem Rechte lag in der Einwilligung zur Weiterverpfändung eigentlich ein Verzicht auf das Pfandrecht überhaupt, womit dann freilich die stillschweigende Errichtung eines neuen, nachstehenden Pfandrechtes verbunden werden konnte. L. 12 D. 20, 6. Dernburg II. S. 477.

15) Vgl. bezüglich des gemeinen Rechtes Dernburg II. S. 594; übrigens aber auch schon hannov. bürgerl. Proceßordn. § 607: „Ein Concursverfahren wird eingeleitet: 1) wenn dieses . . . in Folge der Antretung einer Erbschaft mit der Rechtswohlthat des Inventars erforderlich wird."

16) Vgl. sächs. bürgerl. Gesetzb. § 452: „Die Zwangsversteigerung hat zur Folge, daß mit der Eintragung derselben sämmtliche auf dem Grundstücke haftende Hypotheken erlöschen. Vgl. auch Koch, Lehrb. d. preuß. Privatrechts I. § 376 a. E. Die Zwangsversteigerung bildet hier einen Titel zur Löschung. Vgl. Preuß. Subhastationsordnung v. 15. März 1869. § 975 ff.

17) Vgl. hannov. bürgerl. Proceßordnung § 656: „Das Concursgericht hat

stück mit Vorbehalt einer Hypothek zu versteigern, läßt sich nicht annehmen.

G. Nach § 501, 6 der bürgerlichen Proceßordnung findet eine Mortification eingetragener Hypotheken statt „wenn der Schuldner oder der Inhaber des verpfändeten Grundstücks eidlich zuvor erhärtet, daß er Niemanden kenne, dem ein Anspruch auf solche Hypothek zustehe, oder daß er die Verpflichtung, für welche sie bestellt sei, für erloschen halte, dieses aber auf andere Weise, angewandter Bemühung ungeachtet, nicht nachweisen könne." „Das Gericht, in dessen Hypothekenbuche die Hypothek sich eingetragen findet, ist das zur Ladung zuständige. Der Rechtsnachtheil ist, daß im Nichtanmeldungsfalle die Hypothek [18]) für vollständig erloschen erklärt werden soll." Gegen den Ausschlußbescheid findet binnen einer Woche nach der öffentlichen Bekanntmachung Einspruch statt. Die Hypothek erlischt hier, wenn den Erfordernissen des § 501, 6 genügt ist, durch den Ausschlußbescheid und den Verlauf der Einspruchsfrist, auch ohne Löschung im Hypothekenbuche; denn das war der Fall schon vor dem Gesetze von 1864, also zu einer Zeit, wo die Löschung an sich nur die Bedeutung eines einfachen richterlichen Zeugnisses hatte, nicht selbständig die Hypothek aufhob.

Zu II. A. Die Löschung der Hypothek setzt ebenso wie die Eintragung einen formellen Rechtstitel voraus. Dieser formelle Rechtstitel kann bestehen

---

die Originalurkunden, welche die Bestellung öffentlicher Hypotheken enthalten, sofern letztere auf Veranlassung des Concursverfahrens erlöschen" (möglicher Weise können sie also nicht erlöschen, z. B. bedingte hypothekarische Forderungen, die noch nicht bezahlt worden) „einliefern zu lassen, und, wenn einzelne Gläubiger der deßhalb an sie ergangenen wiederholten Aufforderung nicht nachkommen, die fehlenden Urkunden in einer öffentlichen Bekanntmachung auf Kosten der Säumigen für werthlos zu erklären; sodann aber diese Hypotheken im Hypothekenbuche selbst zu löschen oder unter Uebersendung der eingelieferten Urkunden und nöthigenfalls unter Bezeugung der Erlassung der vorgeschriebenen Bekanntmachung bei den zuständigen Gerichten die Löschung zu bewirken." Nach § 29 Abs. 2 des Hypothekengesetzes kommt diese Vorschrift sinngemäß auch bei der Subhastation von Immobilien im Wege der Zwangsvollstreckung zur Anwendung. Die hier vorgeschriebene Werthloserklärung der Urkunden ist eine reine Vorsichtsmaßregel. Werthlos sind die Urkunden auch ohne die öffentliche Bekanntmachung.

18) Auf die persönliche Forderung bezieht sich diese Mortification nicht.

1. in einer ausdrücklichen Löschungsbewilligung oder Quittung des eingetragenen Pfandgläubigers oder seines legitimirten Rechtsnachfolgers. Sollte die Einwilligung in die Löschung nur stillschweigend aus den übrigen Bestimmungen eines Rechtsgeschäftes zu folgern sein, so würde allerdings die auf Grund solcher stillschweigender Willenserklärung dennoch vorgenommene Löschung keineswegs angefochten werden können. Der Richter macht aber, wenn er auf Grund einer zweifelhaften Willenserklärung löscht, sich verantwortlich, und zwar ist hierbei größere Vorsicht als bei der Eintragung einer Hypothek erforderlich, da die Löschung ohne Rücksicht auf den materiellen Rechtsgrund nach dem hannoverschen Gesetze die Hypothek zerstört. Daß der in die Löschung Einwilligende zuvor als Gläubiger oder Cessionar eingetragen sei, verlangt das Gesetz nicht; es fordert aber, wenn er nicht der ursprüngliche Gläubiger ist, eine Legitimation. Diese ist m. E. erbracht (vgl. oben § 17), wenn der Betreffende als Cessionar eingetragen ist oder etwa als Erbe[19]) des ursprünglichen Gläubigers und wenn er daneben die Originalschuldurkunde vorlegt, oder letztere zuvor mortificirt ist[20]), und hat der Richter dann regelmäßig keine Veranlassung eine erneuerte Prüfung der Gültigkeit des Ueberganges der Forderung vorzunehmen. Sie wird aber auch erbracht durch eine fortlaufende Reihe öffentlich beglaubigter[21]) Cessionsdocumente. Der Richter wird dabei allerdings die Handlungsfähigkeit des gegenwärtigen Gläubigers zu prüfen haben; die Gültigkeit der früheren Cessionen zu prüfen, kann ihm nur insoweit zugemuthet werden, als ihm besondere Bedenken gegen die Rechtsgültigkeit der Uebertragung aufstoßen, und die etwaige Ungültigkeit nicht etwa später geheilt ist.[22]) Der einfache Nachweis der Ungültigkeit der Hypothek oder der Tilgung der Forderung oder späteren Wiederaufhebung der Hypothek genügt also nicht, und aus

---

19) Vgl. auch preuß. Gesetz über die Ausstellung gerichtlicher Erbbescheinigungen v. 12. März 1869. § 6 a. E.

20) Vgl. § 79 des Gesetzes und oben.

21) § 75 d. Gesetzes.

22) In letzterer Beziehung kann z. B. § 6 des in Anm. 19 citirten Gesetzes über die Erbbescheinigungen in Betracht kommen: „Die Rechte des wahren Erben werden durch die Erbbescheinigung nur darin beschränkt, daß er die von dritten Personen redlicher Weise mit dem in der Erbbescheinigung benannten Erben über den Nachlaß vorgenommenen Rechtsgeschäfte . . . gelten lassen muß."

diesem Grunde verpflichtet das Gesetz im § 30 den Gläubiger, dessen Hypothek ungültig oder erloschen ist[23]),

a. dem Pfandschuldner bezw. Pfandbesitzer auf dessen Verlangen die zur Löschung erforderlichen Urkunden, soweit sie in seinen Besitz gelangt sind, zu verschaffen[24]) und in öffentlich beglaubigter Form eine Quittung auszustellen, oder

23) Die Kosten trägt, nach § 31. Abs. 1 des Gesetzes aber derjenige, der die Löschung verlangt, mit Ausnahme der Kosten eines Mortificationsverfahrens. Letzteres kann auch, abgesehen von dem Falle des Verlustes der Schuldurkunde vorkommen, oder wenn bezüglich der Urkunde selbst aus anderen Gründen ein Mortificationsverfahren nicht zuläſſig ist. In beiden Fällen muß dann direct das oben I. F. bezeichnete Verfahren der Mortification der Hypothek eintreten. Ersteres ist z. B. der Fall, wenn der Gläubiger außer Stande ist, sich genügend zu legitimiren, letzteres wenn die Schuldurkunde auf den Inhaber lautet und eine die Mortification zulassende Abrede in der Schuldurkunde nicht getroffen ist. Darauf bezieht sich der auf ständischen Antrag in das Gesetz aufgenommene Abs. 3 des § 30. Vgl. dazu die bei Schneider zum § 30 mitgetheilten ständischen Motive.

24) Kann der Gläubiger die Urkunde nicht schaffen, so muß nach § 30. Abs. 2 des Gesetzes der Pfandschuldner, bezw. Pfandbesitzer das im § 501. 6) der bürgerl. Proceßordn. bezeichnete Mortificationsverfahren einleiten, das aber auf Kosten des Gläubigers, falls die Herbeischaffung binnen Jahresfrist nach dem Erlöschen der Hypothek von ihm verlangt worden war. Das hier erforderliche Mortificationsverfahren wird durch § 501, 5 der bürgerlichen Proceßordnung geregelt: „Eine Aufforderung unbekannter Inhaber von solchen abhanden gekommenen Schuldurkunden von Privatpersonen, die auf jeden Inhaber (au porteur) lauten, findet nicht statt, insofern nicht zwischen dem Aussteller und dem Gläubiger in der Schuldurkunde eine entgegengesetzte Verabredung getroffen ist. Lauten aber die Schuldurkunden auf einen in ihnen benannten Gläubiger (Namen-Obligationen), so kann dieser oder sein Rechtsnachfolger, wenn er zuvor dem Gerichte den Verlust bescheinigt, oder auf dessen Verlangen eidlich bekräftigt hat, auf eine Edictalladung der unbekannten Inhaber der Urkunde antragen. Das Gesuch muß, wenn in der abhanden gekommenen Urkunde eine öffentliche*) Hypothek bestellt war, bei dem Gerichte, in dessen Hypothekenbuche die Eintragung geschehen, bei anderen Urkunden aber bei dem Amtsgerichte, welchen der Provocant für seine Person unterworfen ist, angebracht werden. Die Ladung geschieht unter der Rechtsverwarnung, daß hinsichtlich des etwaigen sich nicht meldenden Inhabers der vermißten Urkunde diese für ungültig und wirkungslos erklärt (mortificirt) werden soll.

Rücksichtlich der Mortification abhanden gekommener Staats-, landschaftlicher oder denselben gleichgesetzter Schuldurkunden, oder solcher Schuldurkunden, bei welchen mit Genehmigung des Staats schon jetzt ein Mortificationsverfahren stattfindet, behält es bei den desfallsigen Vorschriften sein Bewenden.**) An die Stelle

*) Bezieht sich auf den Gegensatz der früheren Privathypotheken.

**) Vergl. darüber Leonhardt, Justizgesetzgebung 3. Aufl. II. S. 329. Anm.

b. selbst die Löschung zu bewirken, falls der Gläubiger dies vorzieht.

Die Löschungsbewilligung und Vorlegung der Originalurkunde bezw. Mortification derselben genügt übrigens nach dem Gesetze zur Vornahme der Löschung; eine Annahme des etwa in der Löschungsbewilligung zu befindenden Verzichtes, welche übrigens auch schon in dem Antrage des Pfandbesitzers, bezw. des Schuldners liegen würde, ist, wenn auch materiell zur Wirksamkeit des Verzichtes, doch für den formellen Löschungstitel nicht erforderlich. Der Richter, dem eine öffentlich beglaubigte Löschungseinwilligung präsentirt wird, kann annehmen, daß die Acceptation erfolgt sei. Nur wenn der die Löschung bewilligende Gläubiger zur Zeit der Präsentation der Urkunden verstorben wäre, würde der Nachweis der Acceptation erforderlich werden.

2. nach § 32 in einem vollstreckbaren[25]) Urtheile, wodurch der Pfandgläubiger verurtheilt ist, die Löschung geschehen zu lassen oder zu erwirken. Aber auch in diesem Falle bedarf es der Beibringung der Originalschuldurkunde. Das Urtheil, welches den Gläubiger verpflichtet, die Löschung geschehen zu lassen, berechtigt daher nach ausdrücklicher Bestimmung des Gesetzes den Pfandschuldner, bezw. Pfandbesitzer zur Erwirkung des Mortificationsverfahrens auf Kosten des Gläubigers, wenn letzterer die Urkunde[26]) nicht ausliefert.

3. in dem Nachweise des nach § 501, 6 der bürgerlichen Proceßordnung stattgehabten Mortificationsverfahrens[27]), wobei der Ablauf der Einspruchsfrist abzuwarten ist.

---

der hiernach zuständigen Justiz-Canzleien treten jedoch die Amtsgerichte des Orts, an welchem die betreffende Justiz-Canzlei ihren Sitz hatte."

25) Ein nur vorläufig vollstreckbares Urtheil genügt **nicht** (§ 32. Abs. 2 des Gesetzes).

26) Als Originalurkunde ist nach § 79. Abs. 2 des Gesetzes diejenige zu betrachten, welche mit der Bescheinigung über die Eintragung der Hypothek versehen ist, wenn die Hypothek erst nach eingetretener Wirksamkeit des Gesetzes, also nach dem 14. März 1866 eingetragen ist. — Eine Ausnahme von der Verpflichtung zur Vorlegung der Originalschuldurkunde enthält § 107 des Gesetzes a. E.: „Auch soll es zur Erwerbung der Löschung einer der Landescreditanstalt bestellten Hypothek der Vorlegung der Originalschuldurkunde nicht bedürfen, wenn diese von mehreren Schuldnern zusammen ausgestellt ist, und nicht die Löschung **sämmtlicher** auf Grund derselben eingetragener Hypotheken beantragt wird.

27) Vgl. oben Anm. 24.

B. Hinsichtlich des Verfahrens giebt § 82 des Gesetzes dieselben Vorschriften, welche wir bereits oben bei der Eintragung von Cessionen kennen gelernt haben. Nur kann statt der Vermerkung der Löschung auf der Originalschuldurkunde mit Einwilligung der Betheiligten die Cassation dieser Urkunde durch den Richter eintreten. Beides sind reine Vorsichtsmaßregeln ohne wirklich juristische Bedeutung, damit nicht mit werthlosen Papieren Täuschungen vorkommen. Eine Bekanntmachung der Löschung an den Gläubiger schreibt das Gesetz nicht vor. Der darauf bezügliche § 80 des Regierungsentwurfs wurde von den Ständen gestrichen.

C. Die Wirkung der Löschung[28]) ist, wie schon oben § 5 hervorgehoben wurde, eine absolute. Die Löschung gilt, wenn auch ein materiell genügender Rechtsgrund dazu nicht vorlag, und zwar geht eigenthümlicher Weise das hannoversche Gesetz sogar weiter als die übrigen modernen Hypothekengesetze, indem es nicht auf den bösen Glauben eines späteren Erwerbers eines dinglichen Rechts an dem Grundstücke sieht.[29]) Die Beschränkung der unbedingten Wirksamkeit der Löschung besteht nach hannoverschem Rechte nur darin, daß

1. die Löschung, wenn sie mit Unrecht erfolgte, nicht gilt für Denjenigen, der zur Zeit der Löschung bereits Eigenthum oder ein anderes dingliches Recht an dem Grundstücke hatte. (Eine Ausnahme dieser Ausnahme, welche also die Regel der unbedingten Wirksamkeit der Löschung wieder eintreten läßt, findet statt, wenn vor der Löschung ein dingliches Recht an der Sache mit dem in dem Hypothekenbuche bemerkten Beding (?) der Löschung erworben ist.)[30]) Nach dem Wort-

---

28) Die Löschung wird in eine besondere Columne des Hypothekenbuchs eingetragen. Dabei soll nach § 40 der Ausführungsbekanntmachung der in Buchstaben und Zahlen angegebene Betrag der hypothekarischen Forderung durchstrichen, zugleich aber, falls die Löschung eines Theils der Forderung zu geschehen hat, der noch übrig bleibende Rest der letzteren in der betreffenden Spalte wieder angegeben werden. Ein einfaches Durchstreichen im Hypothekenbuche, wobei die amtliche Qualität der Handlung und ihre Absicht unklar bleiben wird, ist keine Löschung im rechtlichen Sinne. Es hat ein förmlicher Eintrag mit Datum und Unterschrift zu geschehen.

29) Auf den guten Glauben legt das Gesetz nirgends Gewicht.

30) Ist darunter eine wahre Bedingung zu verstehen oder überhaupt eine Abrede? Ich nehme letzteres an, schon nach dem Wortlaute, dann aber auch nach dem ganzen Zwecke der betreffenden Vorschrift. Wer z. B. Geld auf Hypothek giebt unter der Ab-

laut des Gesetzes[31]) müßte die Löschung sogar gelten zu Gunsten eines Pfandbesitzers, der zur Zeit der Löschung bereits als Besitzer eingetragen war, hinterher aber erst durch Ersitzung das Eigenthum wirklich erwirbt, und zwar selbst wenn er bezüglich der Löschung sich in mala fide befunden hatte. Der wahre Zweck der unbedingten Wirksamkeit der Löschung ist indeß nur der, daß Niemand, der dingliche Rechte an einem Grundstücke erwerben will, durch die Fortexistenz gelöschter Hypotheken getäuscht werden soll.[32]) Diese Täuschung findet gar nicht statt, wenn die ganze Handlung, wodurch der Regel nach der Rechtserwerb bewirkt wird (z. B. Kauf und Tradition), und welche nur wegen eines besonderen Mangels nicht sogleich wirksam wird, bereits vor der Löschung erfolgt war. Sonderbarer Weise würde auch ohne allen Grund der wahre Eigenthümer dadurch schlechter gestellt werden, als der bonae fidei possessor. Chirographarische Gläubiger, auch solche, die etwa ein den Hypotheken nachstehendes Privilegium exigendi besitzen, werden die materiell ungerechtfertigte Löschung nicht im Concurse zu Gunsten ihrer Befriedigung geltend machen können. Denn nach hannoverschem Rechte erwerben sie kein Pfandrecht durch die Concurseröffnung an der Masse, und außerdem steht ihnen entgegen, daß die Vertheilung im Concurse auf die Anfangszeit des letzteren zurückzubeziehen ist.

2. die Löschung nicht wirkt gegenüber Demjenigen, welcher aus besonderem Rechtsgrunde zur Anerkennung der Hypothek verpflichtet ist. Darunter kann wohl nur Derjenige verstanden sein, der persönlich

---

rede, daß eine bestimmte andere, nach Angabe des anderen Contrahenten auf bereits materiell unwirksame Hypothek gelöscht werde und selbst das Geld schon vor der Löschung hingegeben hat, handelt z. B. doch noch im Vertrauen auf die später erfolgte Löschung, wenn er länger creditirt, das Geld stehen läßt.

31) § 32 des Gesetzes: „Wird eine Hypothek gelöscht, so erlischt sie dadurch — selbst wenn sie auf erhobene Beschwerde wiederhergestellt wird — gegenüber allen denjenigen Personen, die seit der Löschung oder schon vorher mit dem in dem Hypothekenbuche bemerkten Beding der zur erwirkenden Löschung, bis zu deren etwa erfolgenden Wiederherstellung eine Hypothek oder ein sonstiges dingliches Recht an dem Pfandgegenstande erworben haben, ohne zur Anerkennung der gelöschten Hypothek aus einem besonderen Rechtsgrunde verpflichtet zu sein.

Gegenüber den Rechtsnachfolgern der genannten Personen gilt die Hypothek gleichermaßen als erloschen."

32) Vgl. auch die Regierungsmotive zu § 33 des Gesetzes.

verpflichtet ist, dem Gläubiger die Hypothek zu bestellen und seine Erben.

3. in der Möglichkeit der Erwirkung einer Wiederherstellung der Hypothek im Wege der Beschwerde wider das Gericht. Diese Beschwerde hat indeß, da die Wiederherstellung einem Singularsuccessor gegenüber, der dies in der Zwischenzeit geworden ist, keine Wirkung hat, höchstens den formellen Werth eines kürzeren Verfahrens für den durch die widerrechtliche Löschung Beschädigten. Da der letztere jedenfalls eine persönliche Klage gegen Denjenigen hat, der durch die Löschung wider Recht bereichert ist, und dies ist der Eigenthümer, der dies zur Zeit der Löschung schon war (ebenso auch der schon eingetragene Pfandbesitzer), so kann m. E. nach dem oben (§ 10) Dargelegten an der Existenz eines materiellen Titels zur Eintragung einer Hypothek zu dem gleichen Betrage hier nicht gezweifelt werden, und würde daher in allen Fällen, wo noch die Beschwerde nützen kann, auch eine Vormerkung der Hypothek als einer neu einzutragenden, vorausgesetzt, daß die erforderlichen Bescheinigungen beigebracht werden, erfolgen können, und diese Vormerkung würde dem Beschädigten nützlicher sein, als die Beschwerde, da, sobald sie im Hypothekenbuche eingetragen ist, sie auch Denjenigen gegenüber wirkt, welche später Rechte an der Sache erwerben.[33]) Bei Beurtheilung der Beschwerde kommt es übrigens der richtigen Ansicht nach nur darauf an, ob dem Beschwerdeführer durch die Löschung materiell Unrecht geschah. An sich gleichgültig ist, ob ein formeller Löschungstitel vorlag. Dieser ist nur von Bedeutung, insofern es um die etwaige Haftung des Richters oder darum sich handelt, ob das Gericht zur Löschung verpflichtet ist. (Vgl. oben § 10.)

Zu bemerken scheint mir außerdem noch Folgendes:

1. Eine nur auf Zeit eingetragene Hypothek, desgleichen eine unter einer Bedingung eingetragene Hypothek muß auch nach dem hannoverschen Gesetze ohne Weiteres mit dem Ablaufe der Zeit, bezw. mit dem Eintreten der Resolutiv- und der Deficienz der Suspensivbe-

---

33) Die Bestimmung des hannoverschen Gesetzes über die Wirkung der Löschung schießt weit über das Ziel hinaus und könnte in der That leicht zu Betrügereien benutzt werden. Die Fassung ist gleichfalls durchaus verschlungen. Die ständische Commission hatte im Jahre 1862 sogar einfach den Satz proponirt: „Wird eine Hypothek gelöscht, so wird sie dadurch wirkungslos.“

dingung unwirksam werden ohne daß es dazu einer Löschung bedürfte[34], und sogar der publica fides des Hypothekenbuchs wegen dann, wenn nach der der Eintragung zum Grunde liegenden Willenserklärung von dem Eintritte des Dies und dem Eintritte, bezw. der Deficienz der Bedingung keine Rede sein könnte.[35]) Die Löschung darf aber gleichwohl auf Grund des einfachen Nachweises, daß die Hypothek unwirksam sei, nicht vorgenommen werden. Es bedarf hierzu des formellen Löschungstitels, schon nach dem Wortlaut des Gesetzes[36]), und die formelle Löschung hat gewisse besondere Wirkungen. Daher können correcter Weise in Hypothekenextracten dergleichen bedingte und betagte Hypotheken, wenn sie auch nach Ansicht des Hypothekenrichters wirkungslos geworden sind, nicht als nichtexistirend oder als gelöscht bezeichnet werden.

2. Die Löschung von Hypotheken vor Eintritt der Wirksamkeit des Gesetzes von 1864 hatte nach der vom Oberappellationsgerichte angenommenen, auch m. E. richtigen Ansicht nur die Bedeutung eines einfachen richterlichen Zeugnisses, nicht aber absolute, von dem materiellen Rechtsgrunde unabhängige Wirksamkeit. Können nun nach Eintritt der Wirksamkeit des neuen Gesetzes solche früher materiell unrichtig gelöschte Hypotheken noch fernerweit geltend gemacht werden? Der allgemeine Grundsatz des Verbots der rückwirkenden Kraft der Gesetze scheint dafür zu sprechen, da die rechtliche Bedeutung von unter der Herrschaft des früheren Rechts vorgenommenen Handlungen in Frage steht. Dennoch wird die Frage in entgegengesetztem Sinne bejaht werden müssen. Nicht nur verlangt die publica fides, wie solche nach dem neuen Gesetze für die Hypothekenbücher bestehen soll, dies gebieterisch. Es hatten auch die Betheiligten reichlich Zeit, in der Zwischenzeit von der Publication des Gesetzes bis zu seinem Inkrafttreten Klagen auf Anerkennung der Hypothek und Wiedereintragung anhängig zu machen, und wenn man die Eintragung der ältern Hypo-

---

34) Vgl. z. B. auch sächs. bürgerl. Gesetzgeb. § 451. (Früheres Gesetz v. 1843 §§ 124. 100.)

35) Man kann auch sagen, die mangelhaft eingetragene Hypothek war insoweit gar nicht eingetragen.

36) Außerdem könnte der Richter sich über den Eintritt der betreffenden Ereignisse wie über den Sinn der Clausel irren.

theken in die neuen Bücher nicht vorschrieb, so ging man doch ohne Zweifel von der Ansicht aus [37], daß die in den ältern Büchern gelöschten Hypotheken in demselben Maaße unwirksam seien, wie die nach Eintritt der Wirksamkeit des Gesetzes gelöschten. Ohne dies wäre die Anmeldung der älteren Hypotheken wohl unerläßlich gewesen.

---

37) Vgl. auch § 88 des Gesetzes, wornach die öffentlichen Hypotheken, welche in das Hypothekenbuch des nach der Verordnung v. 13. Juni 1828 zuständigen Gerichts eingetragen sind, auch nach Ablauf des Uebergangsjahrs gültig bleiben und ihren bisherigen Rang behaupten sollen.

# Hypothekenbuch

des

## Amtsgerichts N. N.

für*)

die Gemeinden:

1) **Walthausen** mit den Ortschaften Osterberg, Westerberg und Klint,
2) **Moordorf,**
3) **Bahrendorf**

und das selbstständige Rittergut **Oberhof.**

---

## Erste Abtheilung.

### Folien für Hausbesitzer.

Band I

enthält die Seiten 1—400.

*) Anmerkung. Besteht der Hypothekenbuchsbezirk aus einem Kirchspiele, einer Sammtgemeinde oder einem ähnlichen größeren Ganzen, so ist erforderlich, daß zunächst das Kirchspiel, die Sammtgemeinde 2c. benannt, danach aber auch alle dazu gehörenden einzelnen Gemeinden 2c. in der oben bezeichneten Weise aufgeführt werden.

1

Folium Nro.*) (30) 35 seit 1866.

Gemeinde Walthausen,

| Bezeichnung des Besitzthums. | In der Häuserliste ist als Besitzer |
|---|---|
| Halbmeierhof. | Peter Meyer seit 1859.<br>Konrad Meyer seit 1861.<br>Heinrich Berend seit 1863. |

| 1. Lfde. Nummer. | 2. Hypothek-Besteller. | 3. Hypothek-Gläubiger, Cessionar. | 4. Hypothekarische Forderung. in Buchstaben. | in Zahlen. Thlr. | Gr. | Pf. | 5. Zinsfuß. |
|---|---|---|---|---|---|---|---|
| 1. | Peter Meyer, Halbmeier in Osterberg. | Christian Friedrich Otte, Kaufmann in Linden.<br>Cessionar: August von der Linde, Sattlermstr. in Hannover.<br>1. November 1866.<br>N. N. | Ein Tausend Thlr. Courant laut vollstreckbaren Urtheils vom 2. Sept. 1860.<br>—<br>Jetzt Fünfhundert Thaler Courant.<br>3. Octbr. 1866.<br>N. N. | 1000<br>500 | –<br>– | –<br>– | 4% |
| 2. | Konrad Meyer, Halbmeier in Osterberg. | Johann Karl Rösing, Amtmann a. D. in Freienwalde. | ~~Sechshundert Thlr. Courant~~ laut Schuld- und Pfandverschreibung vom 6. Novbr. 1862. | ~~600~~ | – | – | 4% |

*) Anmerkung. Hat das Haus eine von der Hausnummer unabhängige, feststehende Hypothekenbuchs- (Folien-) Nummer (vergl. § 16 der Bekanntmachung), so ist unter der Foliennummer auch die Hausnummer anzugeben; z. B.
Folium Nr. 10.
Hausnummer (30) 35 seit 1866.

1

Folium Nro. *) (30) 35 seit 1866.

Ortschaft Osterberg.

| ...ngegeben. | Hypothekenacten: | Register: | Fortsetzung von Pag. — |
|---|---|---|---|
| | Litt. M. Nro. 3. | Litt. M. Nro. 15.<br>Litt. M. Nro. 14.<br>Litt. B. Nro. 7. | Fortsetzung auf Pag. 460 |

| 6.<br>Gegenstand der Hypothek. | 7.<br>Zeit der Eintragung und Unterschrift. | 8.<br>Löschung. | 9.<br>Bemerkungen. |
|---|---|---|---|
| Das gesammte Vermögen oder:<br>ie Halbmeierstelle, Hausnummer 30, in Osterberg und außerdem folgende Grundstücke in der Feldmark von Osterberg:<br>ne Wiese, Grundsteuermutterrolle Nr. 10,<br>ne desgl., Grundsteuermutterrolle Nr. 12,<br>n Acker im hohen Felde, Grundsteuermutterrolle Nr. 63,<br>n desgl. im tiefen Grunde, Grundsteuermutterrolle Nr. 85. | 22. September 1860.<br>N. N. | = 500 Rℓ.<br>gelöscht am 3. Octbr. 1866.<br>N. N. | Die Ehefrau des Hypothekbestellers hat sich verbürgt und dafür Hypothek bestellt; vgl. Abth. II. dieses Hypothekenbuchs, Fol. 10. |
| as gesammte Vermögen mit Ausnahme der Halbmeierstelle, Hausnummer 30, in Osterberg. | Vorgemerkt 1. Decbr. 1862.<br>N. N.<br>—<br>Eingetragen 22. December 1862.<br>N. N. | Gelöscht am 1. Decbr. 1866.<br>N. N.<br>—<br>Der gegen die Löschung erhobenen Beschwerde ist stattgegeben u. die Hypothek, nachdem die Hypothek Nr. 3 bereits eingetragen war, wiederhergestellt. 12. Jan. 1867.<br>N. N. | |

## Littera P.

| Lfde. Nummer. | Des Hypothekbestellers | | | Eingetragen in | |
|---|---|---|---|---|---|
| | Namen. | Stand oder Gewerbe. | Wohnort. | Abtheil. I. auf Fol. und Pag. | Abtheil. II. auf Fol. und Pag. |
| 1. | Petermann, Arnold Christ. | Advocat | Schillers-lage | Fol. 9. Pag. 40. | Fol. 15. Pag. 30. 96. |
| 2. | Philipps, Daniel Karl | Tischler | Berlin | Fol. 4. Pag. 18. | |
| 3. | Paulmann, Hiob Theodor | Schul-lehrer | Hannover | | Fol. 7. Pag. 20. |

# Sachregister.

Die Zahlen bezeichnen die Seiten.

---

**Druckfehler:**

Seite 49 Zeile 2 lies: kamen früher lediglich statt: kommen lediglich.